

ROBERTO MASSAO CHINEN

O SIGILO BANCÁRIO E O FISCO: LIBERDADE OU IGUALDADE?

CURITIBA

2004

ROBERTO MASSAO CHINEN

O SIGILO BANCÁRIO E O FISCO: LIBERDADE OU IGUALDADE?

**Monografia Final do Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal do
Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Vieira

CURITIBA

2004

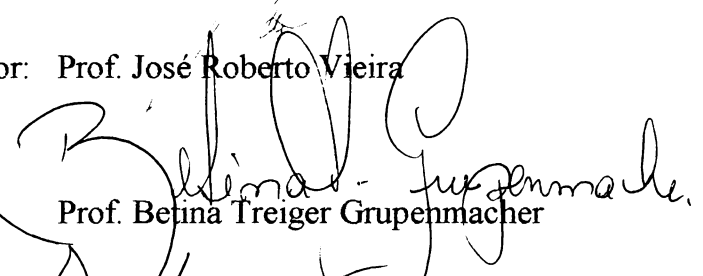
TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO MASSAO CHINEN

O SIGILO BANCÁRIO E O FISCO: LIBERDADE OU IGUALDADE?

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. José Roberto Vieira



Prof. Betina Treiger Grupenmacher



Prof. Eliseu Moraes Corrêa

Curitiba, 24 de novembro de 2004

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
ABSTRACT.....	vii
 PARTE I – SIGILO BANCÁRIO E DIREITOS INDIVIDUAIS	 1
1. INTRODUÇÃO.....	1
1.1. Importância do tema.....	4
1.2. Objetivos e metodologia	6
2. FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO.....	10
2.1. Origens do sigilo bancário	10
2.2. Teorias sobre o fundamento do sigilo bancário.....	13
2.2.1. Teoria contratualista.....	14
2.2.2. Teoria consuetudinária	15
2.2.3. Teoria da responsabilidade civil.....	16
2.2.4. Teoria da boa-fé.....	17
2.2.5. Teoria do segredo profissional.....	17
2.2.6. Teoria do direito à intimidade.....	20
2.3. Estrutura do sigilo bancário	21
2.4. Direito comparado	23
2.4.1. Sigilo bancário na Suíça.....	26
2.4.2. Sigilo bancário na França.....	32
2.4.3. Sigilo bancário na Bélgica.....	38
2.4.4. Sigilo bancário nos Estados Unidos	40
2.4.5. Sigilo bancário na Argentina	43
2.4.6. Sigilo bancário em Portugal.....	45
2.4.7. Sigilo bancário na Espanha.....	49
2.4.8. Sigilo bancário debatido na OCDE.....	54
3. O SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	62
3.1. Introdução	62
3.2. Lei nº 4.595/64, artigo 1º e artigo 38, §5º.....	64
3.3. Código Tributário Nacional.....	67
3.4. Lei nº 8.021/90, artigo 8º.....	72
3.5. Lei Complementar nº 70/1991, artigo 12.....	74
3.6. Lei complementar nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001.....	77
3.7. Constituição Federal de 1988	87
4. A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO.....	90
4.1. O sigilo bancário e o sigilo de dados.....	90
4.2. O Sigilo bancário como direito à intimidade e privacidade das pessoas	92
4.3. O Sigilo bancário como direito da personalidade.....	98
4.4. O Sigilo bancário coberto pela reserva absoluta de jurisdição	102
4.5. Críticas às formulações doutrinárias e nossa posição: fundamento no direito à liberdade	109

PARTE II – SIGILO BANCÁRIO E DIREITOS SOCIAIS	113
5. FUNDAMENTOS DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	113
5.1 Introdução	113
5.2. Distinção entre regras e princípios e o caráter principiológico dos direitos fundamentais	115
5.3. Restrições de direitos fundamentais direta e indiretamente constitucionais.....	119
5.4. Tipos de reservas de lei.....	121
5.5. Restrição de direitos fundamentais sem reserva de lei: os limites iminentes	122
5.6. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais.....	125
5.7. A solução para o problema da colisão: o princípio da proporcionalidade.....	128
6. A PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA.....	133
6.1 Introdução	133
6.2. A justiça do tributo	134
6.3. O Estado fiscal e o custo dos direitos.....	138
6.4. O princípio da isonomia tributária.....	141
6.5. O princípio da capacidade contributiva.....	144
6.5.1. Origens do princípio da capacidade contributiva	145
6.5.2. Eficácia e conteúdo do princípio da capacidade contributiva.....	147
6.5.3. A faculdade de a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte	150
6.5.4. A efetividade do princípio da capacidade contributiva.....	155
7. A CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELO FISCO	163
7.1. Introdução	163
7.2. A adequação da medida	167
7.3. A necessidade da medida	173
7.4. A proporcionalidade em sentido estrito	178
7.4.1 Introdução	178
7.4.2. Relevância do direito constitucional protegido	179
7.4.3. Garantias limitadoras da intervenção em direitos individuais.....	180
7.4.4. Intensidade da intervenção em direitos individuais.....	189
7.4.5. Liberdade ou igualdade?	195
8. CONCLUSÃO	200
9. REFERÊNCIAS	218

RESUMO

O objetivo da monografia é analisar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que introduziu, em seus artigos 5º e 6º, a polêmica autorização às autoridades tributárias do acesso aos dados financeiros, sem necessidade de intervenção judicial. O tratamento dado ao sigilo bancário é investigado no direito comparado, particularmente nas relações com o fisco, tomando-se como critério a busca de fontes atuais e originais, em virtude das recentes modificações ocorridas nas legislações de vários países nessa matéria; a evolução da disciplina do sigilo bancário na legislação pátria é estudada, relativamente aos aspectos tributários; a extensão desse instituto é examinada com base em construções doutrinárias, especialmente nos argumentos formulados pelos principais tributaristas, quanto à constitucionalidade ou não da referida lei complementar. São pesquisados os fundamentos jurídicos da restrição de direitos individuais, apoiados na teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXYY; bem como analisado o princípio da isonomia em sua vertente tributária, com particular ênfase na questão de sua efetividade. O tema apresentado é problematizado sob a forma de uma colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à intimidade do contribuinte e o princípio da capacidade contributiva, ambos de hierarquia constitucional, para cuja superação recorre-se ao estudo e à aplicação do princípio da proporcionalidade. A conclusão é pela constitucionalidade dos dispositivos legais, com fundamento na aferição dos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que levam em conta a análise dos fins pretendidos através das medidas, a relevância do bem constitucional a ser protegido e o grau de restrição a direitos individuais.

Palavras-chave: Sigilo Bancário; Restrição de Direitos Fundamentais; Princípio da Proporcionalidade; Direito à Intimidade; Princípio da Capacidade Contributiva.

ABSTRACT

This essay analyses the constitutionality of Complementary Law n. 105, published on January 10th, 2001, which introduced on articles 5th and 6th the controversial authorization for fiscal authorities to access banking records without judicial enforcement. It investigates how other countries deal with bank secrecy, with special emphasis on tax administration relationships, attending to utilizing updated and original sources, since changes in the legislation of several countries on this subject have recently occurred; the evolution of bank secrecy throughout Brazilian legislation is studied with respect to fiscal matters; the extension of bank secrecy is examined as a doctrinal construction, specially the arguments formulated by main fiscal writers regarding the constitutionality of the above mentioned complementary law. It inquires into the juridical grounds on restrictions to primary rights, based on Robert ALEXY's Constitutional Rights Theory; and it analyses the principle of equal protection of law on fiscal realm, in which its effectiveness is considered a key issue. It approaches the problem as a collision of the following fundamental rights: right for privacy against the principle of ability to contribute, both being constitutional rights, whose solution requires the study and application of the proportionality principle. As for conclusion, those rules are considered constitutional, based on the criteria of adequateness, necessity and proportionality in strict sense, which take into account the desired purposes that can be achieved by implementing those measures, the importance of the constitutional property to be protected and the grade of restriction on individual rights.

Key words: Bank Secrecy; Restrictions to Primary Rights; Principle of Proportionality; Right for Privacy; Principle of ability to Contribute

PARTE I – SIGILO BANCÁRIO E DIREITOS INDIVIDUAIS

1. INTRODUÇÃO

Nos tempos modernos, a atividade bancária possui uma importância primordial, a ponto de tornar-se inconcebível a idéia de uma empresa ou pessoa física prescindir dos serviços bancários. Como esclarece António Menezes CORDEIRO, pode-se dizer que o universo bancário é um modo de concretização e de condução de qualquer atividade patrimonial, em que os bancos tornam-se centros de conglomerados que dispensam aos seus clientes serviços cada vez mais extensos, incluindo: consultoria, seguros, assistência a viagens, à saúde, em negócios e acesso a bens e serviços de toda natureza¹. A relevância das atividades bancárias transcende a esfera privada, tornando-se onipresente também no domínio dos interesses públicos; nas relações com o Estado, as instituições financeiras assumem papéis cada vez mais complexos: o de auxiliares da vida financeira do Estado, através do recolhimento de impostos, colocação de títulos da dívida pública, o de instrumentos de intervenção pública de fomento económico, via canalização de recursos visando desenvolver certos setores ou regiões económicas, e o de sistemas de criação de moeda, por mecanismos de concessão de crédito².

A importância dos bancos é resultado da transformação da noção de riqueza trazida pelo capitalismo: segundo Georges RIPERT, os ricos já não são mais identificados por seus bens materiais, como castelos, terras, jóias, ou metais preciosos, mas sim, pelos bens mobiliários representados por títulos e contas, que são verdadeiras invenções do capitalismo. Ao contrário de outrora, quando a fortuna era ostentada, exposta ao público, atualmente tende-se a fazer segredo da riqueza; anteriormente

¹ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito bancário**. Lisboa: Almedina, 1999. p. 25.

² ATILAYDE, Augusto de. **Curso de direito bancário**. Lisboa: Almedina, 1999. p. 60.

procurava-se ocultar as dívidas, o lado passivo do patrimônio, comportamento esse que contrasta com a atual tendência de os proprietários preferirem preservar sigilo também sobre seus ativos. Através de seu papel de intermediários do crédito, os bancos constituem um trajeto obrigatório dos recursos monetários dos particulares, e dispõem, assim, de uma série de informações a respeito de grande parte do patrimônio e da movimentação dos fundos de seus clientes, sobre os quais devem guardar o mais zeloso sigilo³.

Essa reserva bancária desperta dois tipos de interesse: por um lado, o da Administração Pública, tendo em vista a importância das instituições bancárias para a economia, com todos os reflexos nas políticas estatais; o evidente interesse público que essas atividades encerram, e o alto grau de informação financeira e patrimonial envolvido; esses interesses são particularmente importantes para a Administração Tributária, que se pode servir desses dados para determinar a carga impositiva; para promover a satisfação desses interesses, tende-se à determinação da quebra do sigilo bancário. Por outro lado, existe o evidente interesse dos particulares por manter a reserva de seus antecedentes financeiros que se encontram nas mãos dos banqueiros, como parte de sua intimidade. Esses pólos encontram-se em permanente tensão, em cujo centro situam-se os bancos, que possuem interesse na sua harmonização, visando preservar seu papel vital na economia⁴.

Eis aqui, portanto, a essência da polêmica em torno do instituto do sigilo bancário: o que deve prevalecer, o direito do particular de não revelar suas movimentações bancárias, ou o dos poderes públicos, pelo acesso a suas contas? É certo que, praticamente a totalidade da doutrina considera que o direito em questão não é absoluto, encontrando limitações no eventual interesse coletivo na sua quebra e na

3 RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1951. p. 128.

4 VERGARA BLANCO, Alejandro. Sobre el fundamento del secreto bancario. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica*. Madrid. v.38. n.194. mar./abr. 1988, p. 366-367.

prevalência da justiça e da segurança social⁵. Entretanto, para a maior parte dos autores pesquisados, a quebra do sigilo bancário deve ser posta sob reserva de jurisdição, em face da importância do direito à intimidade e à vida privada que, tal como o direito à liberdade física, só por decisão judicial pode sofrer limitação⁶.

Aqueles que defendem o direito de reserva bancária tendem a concebê-lo como uma manifestação do direito à intimidade, sob o argumento de que *“em nossa sociedade uma conta corrente pode constituir uma verdadeira biografia em números, que contém informações de natureza pessoal que necessariamente entram na esfera íntima ou de privacidade e dignidade humana, cujo conhecimento por terceiros, independentemente dos interesses que possam determinar a sua devassa, constituem violação do direito à reserva de intimidade”*⁷. Na direção oposta posicionam-se, entre outros, Nelson ABRÃO, que entende que *“a conservação do sistema hermético que basifica nossa legislação e faz dela uma eterna dependente da intervenção do Judiciário precisaria ser definitivamente equacionada, por intermédio de preceitos flexíveis, que, malgrado sua natureza, delimitariam a responsabilização no caso de excesso, abuso ou desvio de poder”*⁸.

O tratamento dado ao sigilo bancário de cada país varia de acordo com a importância que se atribua a fatores como segurança da economia nacional, privacidade, relação entre bancos e clientes, entre outros. Essa diversidade fica evidenciada pelo confronto entre as políticas adotadas na Suíça e nos Estados Unidos, que são diametralmente opostas. Ambos os países valorizam o direito à privacidade do cliente, porém em graus distintos; a privacidade possui proteção na Constituição

5 WALD, Arnaldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo. v.6. n.22. p.15-31. jan./mar. 1998.

6 MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo. n.9. p.257-249. maio. 2001.

7 RODRIGUES, Anselmo. Sigilo bancário e Direito Constitucional. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de et al. *Sigilo Bancário*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p. 57-58.

8 ABRÃO, Néelson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 70.

suíça, mas não na americana; tradicionalmente, a Suíça considera a privacidade financeira como crítica a sua soberania econômica, enquanto que os Estados Unidos tomaram a direção oposta, concedendo a seus cidadãos direitos mínimos quanto à privacidade financeira, como resultado de esforços no combate a crimes que afetam sua segurança econômica⁹.

No Brasil, de acordo com obra de autoria de Sérgio COVELLO, o sigilo bancário tem origem consuetudinária, tendo sido reconhecida e sustentada pela doutrina até ser regulamentada expressamente pela Lei 4.595/64, de 31 dez. 1964, que reorganizou o sistema bancário brasileiro e estabeleceu limites à reserva bancária em face dos poderes públicos; relativamente ao fisco, essa lei exige que haja processo instaurado e que as informações bancárias sejam indispensáveis às autoridades fiscais para que elas possam acessá-las¹⁰. Com a promulgação do Código Tributário Nacional, em 1966, exigiu-se a colaboração dos bancos com a Administração Tributária, devendo franquear os dados bancários mediante simples intimação escrita; apesar do não reconhecimento desse dever por parte de alguns autores, a obtenção da movimentação financeira dos contribuintes por via administrativa era possível até 1988¹¹. A partir de então, a doutrina e a jurisprudência majoritariamente consideram que o sigilo bancário se encontra tutelado entre os direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e como tal, somente por decisão judicial pode ser quebrado.

1.1. IMPORTÂNCIA DO TEMA

9 LAUCHLI, Urs Martin. Swiss bank secrecy with comparative aspects to the American approach. *Saint Louis University Law Journal*. Saint Louis. v.42. n.3. p.865-882. 1998.

10 COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2001, p. 74.

11 MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A inexistência de sigilo bancário frente ao poder-dever de investigação das autoridades fiscais. *Tributação em Revista*. Brasília. v.7. n.29. p.24-31. jul./set. 1999.

A abrangência do tema e a falta de uniformidade doutrinária e jurisprudencial são fatores que já justificariam um trabalho de pesquisa acadêmica; além disso, a recém-aprovada Lei Complementar nº 105/2001, de 10 jan. 2001, dispondo sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, introduziu importantes modificações nessa matéria, fazendo com que, inevitavelmente, o sigilo bancário voltasse a ser objeto de novas discussões, inclusive no plano acadêmico.

O ponto mais polêmico da lei é, sem dúvida, a atribuição, conferida às autoridades fiscais, do poder de intimar as instituições financeiras a franquear o acesso aos dados bancários de contribuintes sob fiscalização, sem a necessidade de autorização judicial, o que fez com que a citada lei fosse objeto de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), de números 2.386, 2.390 e 2.397, propostas pelo Partido Social Liberal, pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pela Confederação Nacional do Comércio, sendo relator o Ministro Sepúlveda PERTENCE.

Pode-se afirmar que o novo dispositivo legal acompanha uma tendência mundial à facilitação do acesso às informações bancárias pelo fisco, fenômeno esse insuficiente para sensibilizar a doutrina nacional, que, majoritariamente, defende a tese da inconstitucionalidade da recente lei¹². O dever de prestar informações ao fisco constitui uma das questões mais polêmicas do sigilo bancário. Em última análise, trata-se de uma das manifestações da eterna dicotomia entre o interesse público e o privado, com evidentes particularidades. Nesse embate doutrinário, observa-se na construção

12 Nos países industrializados que integram a OCDE, a possibilidade de controle da declaração dos contribuintes através de informações obtidas junto às instituições financeiras constitui uma parte integrante dos chamados sistemas de informação, tendo sido aceita pacificamente em países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e França. Isso deveu-se a um consenso quase geral sobre a necessidade de utilizar a informação bancária para objetivos fiscais, no combate à lavagem de dinheiro e à fraude fiscal. Concluiu-se, na OCDE, que a confidencialidade nas relações banco-cliente pode ser abusivamente utilizada para esconder atividades ilegais e para fugir à tributação; a maioria dos países membros da OCDE chegou à conclusão de que as autoridades fiscais não deviam ser tratadas como terceiros, mas lhes devia ser assegurado um acesso privilegiado à informação bancária com finalidades fiscais - SANCHES, José Luís Saldanha. *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*. Disponível em <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em 15 jul. 2003.

das fundamentações jurídicas, o recurso a diversas estratégias argumentativas: quanto à posição topográfica do interesse privado invocado, ela é elevada, pelos seus defensores, ao plano constitucional, nível esse rejeitado pelos opositores, para quem esse tema se discute infra constitucionalmente; quanto à valoração do interesse público suscitado, seus detratores limitam-no ao âmbito econômico, que ocupa notória posição inferior na escala de valores jurídicos, contrariamente aos que sustentam a busca pela igualdade tributária; quanto à categoria jurídica defendida, aqueles que são favoráveis ao sigilo bancário diante do fisco suscitam direitos subjetivos, enquanto que, no lado oposto, discute-se, além dos direitos coletivos, os deveres de colaboração.

Assim, a polarização, que caracteriza os debates em torno dessa matéria, aliada às recentes modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 105/2001 e o aguardo pelo julgamento das três ADIns a respeito da constitucionalidade dessa lei, que revelarão o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a essas questões, são fatores fecundos, que justificam trabalhos acadêmicos que contribuam para a melhor compreensão dessa matéria.

1.2. OBJETIVOS E METODOLOGIA

O estudo do sigilo bancário repercute em várias disciplinas jurídicas: no Direito Constitucional, porque alguns ordenamentos jurídicos, inclusive o pátrio, segundo boa parte da doutrina, confere-lhe *status* de garantia constitucional; no Direito Penal, pois sua violação indevida constitui crime; no Direito Tributário, tendo em vista a crescente relevância das informações bancárias nas atividades do fisco; no Direito Administrativo, relativamente às repercussões administrativas decorrentes da inobservância do dever de sua preservação pelas autoridades públicas; no Direito Comercial, já que os bancos se submetem ao regime jurídico mercantil; no Direito Civil, quanto à responsabilidade civil pelos danos sofridos em virtude de sua

revelação; no Direito Processual Penal, no que concerne à licitude ou não de provas obtidas pela sua quebra; no Direito Processual Civil, pela possibilidade de o juiz determinar a sua quebra durante a execução, visando à satisfação do credor.

Em meio à pluralidade de aspectos que defluem do estudo do instituto do sigilo bancário, os limites desse trabalho serão delineados por intermédio de um recorte contornando a relação entre o contribuinte e o fisco. Assim, na presente monografia, propõe-se a investigar essa relação, a partir da análise dos direitos e deveres de cada um desses sujeitos, dentro das seguintes indagações: Qual a razão de ser do sigilo bancário? Qual a sua natureza jurídica, seu alcance e seus limites? Quais são as justificativas para se permitir, ou não, sua quebra pelos agentes fiscais? Como são tratadas essas questões no direito comparado?

Entendemos que um trabalho de pesquisa acadêmica, no ramo do Direito, constitui, em sua essência, um exercício de argumentação jurídica. Isso é válido, sobretudo quando o estudo envolve temas polêmicos, como é o caso dessa monografia, em que não há espaço para demonstrações fundadas na certeza e na lógica cartesiana. A argumentação, segundo Chaïm PERELMAN, situa-se na dimensão do verossímil, do plausível, do provável, pelo qual se pretende aumentar a intensidade de adesão de um auditório às idéias do orador¹³. O discurso jurídico é, portanto, direcionado a um auditório, que desempenha um papel essencial na teoria de PERELMAN, pois é em função dele que toda argumentação se desenvolve.

Os destinatários ou o auditório de uma obra acadêmica são os seus leitores; sendo assim, a primeira premissa metodológica do presente trabalho consiste na busca da clareza, conforme advertia Karl POPPER, quando criticava o apelo ao falso intelectualismo nas universidades alemãs: *“não se pode distinguir verdade de falsidade, não se pode distinguir uma resposta adequada a um problema de uma irrelevante, não se pode distinguir boas de más idéias, não se pode avaliar*

13 PERELMAN, Chaïm. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 4-5.

*criticamente as idéias, sem que sejam todas apresentadas com clareza suficiente”*¹⁴. A clareza era motivo de preocupação também para Max WEBER, que, ao discutir o papel da Ciência na sociedade moderna, entendia que a “*Ciência contribui para clareza, com a condição de que nós, os cientistas, de antemão a possuamos*”¹⁵. Pelo ideal da clareza, que se manifesta no aspecto formal do trabalho, isso é, na linguagem, rejeitamos a pseudo-erudição, procurando evitar expressões jurídicas anacrônicas, e esforçamo-nos em traduzir para o vernáculo as idéias retiradas de obras editadas em outros idiomas, com exceção de textos de lei em espanhol, em virtude da similaridade com o português.

Durante as reflexões realizadas, tanto na doutrina como na legislação, visando compreender a natureza jurídica, alcance e limites do instituto do sigilo bancário, utilizamos a dogmática analítica. Aqui, fazemos vasto uso do direito comparado, com a especial preocupação de se obter informações atuais, tendo em vista as recentes modificações que têm ocorrido nos ordenamentos jurídicos de vários países, sobretudo os europeus; o método comparativo, nesse trabalho, não é meramente figurativo, sendo essencial para o seu desenvolvimento, pois é componente importante da argumentação jurídica resultante.

Quando da análise da constitucionalidade ou não da Lei Complementar nº 105/2001, recorreremos ao método hermenêutico. Como a matéria envolve dispositivos constitucionais, examinaremos pertinentes instrumentos jurídicos teóricos, como as teorias principiológicas e o princípio da proporcionalidade; nesses pontos, em especial, procuramos investigar os fundamentos jurídicos da restrição de direitos individuais,

¹⁴ Afirma ainda o filósofo que “*Há muitos anos eu costumava prevenir meus alunos quanto à idéia amplamente difundida de que alguém entre na universidade a fim de aprender como falar e escrever de maneira impressionante e incompreensível. Eles aprendem e aceitam inconscientemente que uma linguagem altamente impressionante e difícil é o valor intelectual por excelência. Não descobrião que o padrão da incompreensibilidade choca-se atualmente com os padrões da verdade e do racionalismo crítico. [...] Mas enquanto tudo se fizer na admiração implícita do brilhantismo e da capacidade de impressionar, tudo isto (eu quero dizer tudo mesmo) será, ‘na melhor das hipóteses’, um falar impressionante, eles desconhecem qualquer outro valor*” - POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Ápio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 41-42.

¹⁵ WEBER, Max. *Ciência e Política – duas vocações*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 52.

apoiados na teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXY.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO

2.1. ORIGENS DO SIGILO BANCÁRIO

A discrição e o segredo são atributos inerentes à atividade bancária. Essa íntima ligação justifica-se pelo fato de essa atividade despertar o interesse de terceiros, estranhos à relação creditícia, como o fisco, credores do cliente, concorrentes do banco *etc.* A contradição entre esses vários interesses resulta na necessidade de o banqueiro estabelecer regras de conduta, ou padrões de comportamento, para viabilizar seus interesses, e ao mesmo tempo preservar os legítimos direitos dos demais. O conteúdo dessas regras variou no tempo e no espaço, adaptando-se às circunstâncias históricas de cada comunidade.

As origens do instituto ora estudado, bem como sua evolução, confundem-se com as das instituições bancárias, que remontam às civilizações mesopotâmicas. Raymond FARHAT descreve algumas de suas características, dentre as quais seu caráter religioso¹⁶. A discrição e a confiança, como preceitos de uma moral dos negócios, somente vieram a se desenvolver a partir da Idade Média. O autor libanês faz referência a registros em manuais comerciais, como os Conselhos do Comércio (*Conseils sur le commerce*), que retratam a mentalidade dos comerciantes medievais, em que se pode verificar a existência de uma ética mercantil e de uma moral dos negócios; para os banqueiros, importavam, entre outras qualidades, a prudência, a desconfiança, a experiência e, sobretudo, a discrição; a obsessão do segredo explica a falta de informações, reclamadas pelos historiadores, a respeito de detalhes dos

¹⁶ Afirma o autor libanês que os primeiros banqueiros foram os deuses representados por seus padres. Seus estabelecimentos eram os templos. A atividade bancária apresentava um caráter sagrado e dispunha de uma áurea de mistério que cercava tudo que se relacionasse com o divino. Mais que uma simples discrição, as operações bancárias constituíam-se de magia, de mistério e do desconhecido. Tudo era concebido para ser feito para os deuses e pelos deuses - FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire: étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p. 12-15.

negócios comerciais; a fim de evitar proveito aos concorrentes, os comerciantes medievais omitiam, em seus livros e contratos, a destinação de seus negócios, o nome de seus correspondentes ou a natureza das mercadorias¹⁷.

Com os tempos modernos a noção de discrição bancária começa se impor-se não somente no plano ético-moral, mas também como obrigação, sendo positivada a partir do século XVII. O regulamento de outubro de 1706 (*réglement d'octobre 1706*), que constitui uma espécie de código contendo todos os estatutos e regras aplicáveis aos conselheiros do rei, agentes de banco, câmbio, comércio e finanças de Paris, formula expressamente o segredo em seu artigo 8º¹⁸. A doutrina da época também manifestava essa preocupação; Raymond FARHAT cita SAVARY, que em sua obra “*Negociante Perfeito*” (“*Parfait négociant*”) dirige-se aos banqueiros nesses termos: “*a primeira coisa que deve observar um agente de banco é tudo ver, tudo ouvir e nada dizer; não há nada de tão importante quanto o segredo dos negócios, pois uma só palavra mal colocada é capaz de tirar todo seu crédito, e, conseqüentemente, levar-lhe à falência*”¹⁹.

Na Suíça, país em que o segredo bancário é uma verdadeira instituição nacional, há mais de trezentos anos, as raízes apresentam ramificações políticas. Os reis da França foram os primeiros clientes dos banqueiros suíços, que eram protestantes, muitos deles de origem francesa, cassados pela revogação do edito de Nantes, por LOUIS XIV, em 1685. Apesar das perseguições de que foram vítimas,

¹⁷ Ibid., p. 18-20.

¹⁸ Esse dispositivo estabelece que “Dado que o sigilo bancário é absolutamente necessário nas negociações de banco, câmbio, comércio e finanças, que elas se operam na maior parte das vezes na forma de carnês ou títulos ao portador, que não é possível mantê-los sob uma forma regular e que frequentemente muitos agentes se apresentam de forma confusa para realizar as operações, foi convencionado que o sigilo das negociações não poderá ser revelado, que a representação ou comunicação dos registros não será permitido, qualquer que seja a causa ou pretexto, em conformidade com o artigo 9º do título III do regulamento de março de 1673.” Tradução livre do original: “*attendu que le secret esta absolument nécessaire dans les négociations de banque, change, commerce et finances, qu’elles se consomment la plupart em ville sur des carnets ou portatifs, qu’il n’est pas possible de tenir dans une forme régulière et que souvent plusieurs agents se éprésentent confusément pour faire des négociations, il a esté convenu que le secret des négociations ne pourra estre révéle, que la représentation ou communication des registres ne pourra estre accordée pour quelque cause et prétexte que ce soit, conformément à l’article 9 du titre III de l’édit du mois de mars 1673.*” - Apud *ibid.*, p. 20-21.

¹⁹ Ibid., p. 21-22.

eles continuaram a financiar o rei da França, já que, na época, não havia melhor negócio que emprestar ao rei, que, além de ser capaz de honrar seus empréstimos, tinha necessidades insaciáveis de financiamento. A discrição desempenhava um papel fundamental, eis que não se podia dizer que o rei contraía empréstimos dos heréticos protestantes. Um dos primeiros instrumentos disciplinadores do segredo bancário da legislação suíça data dessa época: em 1713, O Grande Conselho Genovês (*Le Grand Conseil Genevois*) adota uma regra segundo a qual os banqueiros deveriam ter um registro de sua clientela e de suas operações, sendo-lhes proibido divulgar essas informações a qualquer outro que não fosse o cliente implicado, salvo acordo expresso do Conselho Municipal (*Conseil de la Ville*). A partir de então, a Suíça torna-se um asilo financeiro e político para aqueles que se refugiavam das tormentas políticas que varreriam a Europa depois de 1789, oferecendo um asilo salutar aos capitais dos nobres fugitivos da Revolução e dos diversos governantes que os sucederam durante o século XIX. O próprio NAPOLEÃO foi um cliente assíduo de um desses bancos²⁰.

A ligação do protestantismo ao sigilo bancário suíço é estreita a ponto de alguns autores procurarem as origens do dever de reserva bancário na ética protestante. É o caso de Júlio de Castro CALDAS que, com base na obra “*A ética protestante e o espírito do capitalismo*” de Max WEBER, argumenta que o calvinismo e o metodismo deram origem ao nascimento de modelos de utilização do dinheiro sigilosamente depositado junto a homens tidos por escrupulosos e honestos. Além de propiciar o amparo a fugitivos de guerras ou de perseguições, o sigilo permitia realizar a obrigação de amor ao próximo e de auxílio aos que se encontrassem em momentânea situação de desgraça e de infortúnio. A obrigação de sigilo dos protestantes, concebida de forma absoluta, aproxima-se do único dever de sigilo absoluto entre os católicos: o dever de sigilo do confessor. Finaliza o autor português afirmando que a justificação ética inicial se foi desvanecendo à medida que a civilização do consumo, do

20 MICHELOUD & Cie. Les origines historiques du secret bancaire. Disponível em

<<http://www.rpn.ch/escf/matieres/SciencesHumaines/Economie/secBan.htm>> Acesso em: 22 fev. 2004.

desperdício e da ostentação foi corroendo a ética puritana como ética social dominante²¹.

2.2. TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO.

Tratando-se de um tema controvertido, não surpreende a pluralidade de teorias acerca do fundamento do sigilo bancário. As controvérsias não são fruto somente de diferenças de ponto de vista, pois são vários os fatores que alimentam as divergências doutrinárias. Em primeiro lugar, a falta de legislação disciplinando o assunto, que era a situação brasileira até há pouco mais de trinta anos, que obriga a doutrina e a jurisprudência a se posicionarem com base nos costumes e no direito comparado, fontes essas em que a uniformidade não é a regra. Um segundo fator reside na diversidade de interesses envolvidos, que podem ser polarizados entre o privado e o coletivo; isso faz com que o instituto possa ser estudado tanto a partir de uma óptica liberal quanto a partir de visões intervencionistas.

Outro fator não menos fecundo para os desenvolvimentos teóricos refere-se à abrangência do sigilo bancário, cujos contornos ultrapassam o domínio jurídico. Essa instituição é dotada de uma inegável vocação política, pois traduz uma concepção liberal e personalista em face do Poder Público, pela qual o indivíduo exerce sua independência recusando toda forma de ingerência exterior sobre suas atividades pessoais. No plano social, as influências são evidentes, quando se percebe que a maior parte das atividades sociais é registrada nas contas bancárias, cujo segredo pode desempenhar um papel fundamental para o cliente, dependendo de seu estilo de vida. É visível também a importância que esse instituto pode ter na economia de um país, como instrumento de captação de capitais estrangeiros, que se observa, por exemplo,

²¹ CALDAS, Júlio de Castro. Sigilo Bancário: problemas actuais. In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. **Sigilo Bancário**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p. 36-37.

na Suíça.

A seguir são analisadas as tradicionais teorias formuladas em torno desse tema.

2.2.1. Teoria contratualista.

Essa doutrina parte da idéia de que o sigilo decorre de uma convenção entre o banqueiro e o cliente, pactuada mediante um contrato bancário. Em geral, esses tipos de contratos não estipulam expressamente o dever de discricção do banqueiro, que seria considerado como cláusula implícita. Nesses termos, além das obrigações principais, todo contrato assim firmado conteria também uma obrigação acessória proibindo a divulgação dos dados do cliente bem como suas operações.

Um exemplo significativo da afirmação dessa teoria é o regime adotado pela Suíça até 1934, quando o sigilo bancário era regulamentado por normas do Código Civil e do Código das Obrigações. A obrigação de discricção foi reafirmada diversas vezes pelo Tribunal Federal Suíço. Em julgado datado de 1930, a corte suprema confirma que *“a obrigação do banqueiro constitui uma obrigação contratual implícita”*. Posteriormente, no caso *Charpiot contre Caisse d'épargne de Bassecourt* de 1932, essa posição é defendida com mais precisão: *“O sigilo bancário não é outra coisa que o direito que possui cada cliente de um banco de exigir da parte desse último a mais estrita discricção sobre os negócios que lhe são confiados; é igualmente, e inversamente, o dever que tem o banco de guardar o silêncio mais completo sobre esses negócios. E para o banqueiro em particular, essa obrigação é independente da relação jurídica existente entre ele e seu cliente. Na ausência de contrato, a violação do segredo constitui um ato ilícito nos termos do artigo 41 e seguintes do Código das*

*Obrigações”*²².

A crítica que faz Sergio Carlos COVELLO a essa teoria é que os bancos raramente assumem de maneira clara a obrigação de segredo; a tese da cláusula implícita não explica o sigilo que o banco deve manter mesmo que o contrato não chegue a se consumar, o que ocorre com muita frequência na prática bancária, nem a subsistência desse dever quando a relação contratual se extingue ou é declarada nula. Além disso, ela não justifica o dever de sigilo para com terceiros estranhos à relação jurídica das partes, assim como não entrevê nenhum contrato entre o cliente e os auxiliares do banco, que tomam conhecimento dos segredos transmitidos à instituição financeira e se obrigam a calar²³.

2.2.2. Teoria consuetudinária

Baseia-se na consideração de que a observância do segredo representou uma constante da atividade bancária, constituindo assim um costume tradicional e universalmente aceito pelos bancos de manter reserva sobre os negócios de seus clientes e, em geral, sobre suas relações com o público. Essa teoria tem aceitação na doutrina italiana, inclusive com o acolhimento por parte da Corte de Cassação daquele país. Como consequência, pelo simples fato da instauração de uma relação contratual entre o banco e um cliente, o conteúdo convencionado torna-se integrado pelo uso, no sentido de que o banco ficaria submetido a respeitar a reserva de toda informação inerente ao contrato contraído com o cliente e das operações sucessivas que se realizem na execução do contrato²⁴.

22 MICHELOUD & Cie. *Les origines historiques du secret bancaire*. Disponível em <<http://www.rpn.ch/esof/matieres/SciencesHumaines/Economie/secBan.htm>> Acesso em: 22 fev. 2004.

23 COVELLO, S. C., Op. cit., p. 120-121.

24 VERGARA BLANCO, A., Op. cit., p. 374-375.

Diversas críticas são tecidas contra a teoria consuetudinária. Ao confinar o segredo bancário ao âmbito do direito privado não se segue a evolução das exigências sociais, já que a natureza privada proposta não garante a justiça dos mesmos interesses privados dos clientes. Além disso, no sistema atual de fontes de direito, o costume encontra-se em posição subordinada à lei, que é o modo consciente e formal de produção do direito; assim, o recurso ao uso seria insustentável perante as leis que contemplam cláusulas gerais que são dotadas de um real conteúdo normativo. Outra grave insuficiência dessa tese repousa no fato de que, por sua própria formulação, não se preocupa em precisar o objeto ou o limite do comportamento imposto pelo uso, não assinala a esfera normativa de eficácia nem seu limite de aplicação²⁵.

2.2.3. Teoria da responsabilidade civil

É também conhecida como teoria delitual ou do ato ilícito, pela qual o sigilo bancário se baseia na responsabilidade civil do banco, isso é, no dever geral de não prejudicar a outrem, sob pena de reparação pelo dano. Nessa óptica, o segredo é considerado como um interesse do sujeito, cuja revelação provoca dano, sujeitando o infrator a sanções reparatórias²⁶.

Paulo QUEZADO e Rogério LIMA criticam essa doutrina porque ela se funda em seus aspectos negativo e passageiro, quando a noção de fundamento traz a idéia de permanência e não de transitoriedade²⁷. Na realidade, a responsabilidade civil é uma relação derivada, que só aparece quando alguém descumpre uma outra obrigação que a antecede, funcionando, assim, como sanção e instrumento de

²⁵ Ibid., p. 376-377.

²⁶ COVELLO, S. C., Op. cit., p. 123.

²⁷ QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24.

reparação do prejuízo sofrido, mas não embasa nenhum direito, exceto o direito ao ressarcimento²⁸.

2.2.4. Teoria da boa-fé

Sustentam os adeptos dessa teoria que o fundamento do sigilo bancário estaria no dever de lisura e de boa-fé que os contratantes devem respeitar durante a execução dos contratos. A obrigação do banco ao segredo deve ser considerada como uma especificação e um aspecto daquela obrigação de lisura enquanto limite à autonomia individual, que os contratantes devem observar, conservando íntegra a esfera jurídica da outra parte²⁹.

Entretanto, a boa-fé não explica o dever de sigilo por vários motivos. Inicialmente, ela não deixa de ser uma versão da teoria contratualista, incorrendo nas mesmas falhas desta; além disso, o dever de lisura somente pode ser invocado como fonte de obrigação em países como a Itália, em que há disposição legal expressa. Finalmente, essa teoria não dá o fundamento do sigilo bancário porque não aponta o fato do qual decorre a obrigação³⁰.

2.2.5. Teoria do segredo profissional.

Nessa teoria o banqueiro é incluído em um rol de profissionais que se submetem a uma regra geral de segredo profissional. A relação que se estabelece entre

²⁸ COVELLO, S. C., Op. cit., p. 123.

²⁹ VERGARA BLANCO, A., Op. cit., p. 380-381.

³⁰ COVELLO, S. C., Op. cit., p. 144-145.

o banqueiro e o cliente pressupõe a confiança recíproca, que é comum a outras relações profissionais clássicas que também dependem do segredo, como a que ocorre com o médico, o advogado, o contador *etc.*

Sérgio Carlos COVELLO acrescenta que, nos tempos modernos, o sigilo profissional é tratado como matéria de ordem pública, já que tende a proteger tanto o cidadão em sua individualidade como a própria sociedade, considerando-se a natureza pública do serviço que esses profissionais prestam, atuando como confidentes necessários³¹.

Um dos países que acolhem essa teoria é a França, que prevê expressamente uma sanção penal à violação do dever de segredo profissional no artigo 378 do Código Penal³². Os franceses discutiam a aplicação desse dispositivo aos banqueiros, tendo em vista a expressa menção, nessa lei, a profissionais da saúde. A doutrina majoritária sempre defendeu sua incidência nas atividades dos bancos, interpretando de forma ampla a expressão “confidente necessário”. Um desses autores é Raymond FARHAT, para quem as reformas bancárias de 1941 e 1945 reconheceram a qualidade de confidente necessário no banqueiro, reservando-lhe o monopólio da condução dos meios de crédito³³. Para Monique CONTAMINE RAYNAUD, essa questão restou superada com a lei bancária de 24 jan. 1984, que consagra largamente o princípio do segredo profissional³⁴.

³¹ Ibid., p. 131.

³² Prescreve esse artigo que “os médicos, cirurgiões e outros profissionais da saúde, assim como os farmacêuticos, as parteiras e todas outras pessoas detentoras, por estado ou profissão ou por função temporária ou permanentes, de segredos a elas confiados, que, fora dos casos previstos na lei, revelem esses segredos, serão punidas com prisão de um mês e multa de quinhentos a três mil francos”. Tradução livre do original: “les medecins, chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autre personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront revele ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de cinq cents à trois mille francs.” - Apud FARHAT, R., Op. cit., p.24.

³³ Ibid., p. 25.

³⁴ O art. 57 dessa lei estabelece que “toda pessoa que, a qualquer título, participe da direção ou da gestão de um estabelecimento de crédito ou que é dele empregado, está obrigado ao segredo profissional nas condições e nas penas previstas no artigo 378 do Código Penal”. Tradução livre do original: “toute personne qui, à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code penal.” - Apud CONTAMINE RAYNAUD, Monique. Le

A tese do segredo profissional é adotada também em outros países, como a Itália, Espanha, Bélgica, México, Colômbia³⁵. Há quem afirme que o segredo bancário na Suíça, atualmente, funda-se no segredo profissional; em seminário realizado em Geneva, em 26 jun. 2001, o embaixador Jacques de WATTEVILLE, chefe do Serviço econômico e financeiro do departamento federal de relações estrangeiras (*Service économique et financier du Département fédéral des affaires étrangères*) daquele país, ao expor as atuais características dessa verdadeira instituição helvética, diz que se trata de um segredo profissional, comparável àqueles dos médicos ou dos advogados, que é regulamentada de forma particular e protegida penalmente³⁶.

Na doutrina pátria, não são poucos os que se alinham a essa tese. Hugo de Brito MACHADO escreve que “*o sigilo bancário é uma forma de sigilo profissional, que se impõe em face da natureza da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, tal qual o sigilo do médico, do advogado e de outros profissionais, muito mais no interesse público, para preservação das instituições, do que no interesse individual.*”³⁷

Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE e Solon SEHN “*o sigilo bancário constitui uma modalidade de segredo profissional da mais alta relevância, não só em razão de sua importância para o êxito da atividade bancária, mas, principalmente, porque garante a inviolabilidade de uma parcela significativa da intimidade e da vida privada dos correntistas, gozando, portanto, de status de direito fundamental.*”³⁸

secret bancaire et le controle de l'Etat sur les operations de change et sur leurs effets delictuels. *Revue Internationale de Droit Compare*. Paris. n.2. p.487-506. avr./juin. 1994.

35 VERGARA BLANCO, A., Op. cit., p. 372.

36 WATTEVILLE, Jacques de. Le secret bancaire menacé? In: *Séminaire organisé par International Faculty for Executives (IFE)*, 2001, Genève. Disponível em <http://www.dfae.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/bank.html>. Acesso em 25 ago. 2003.

37 MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo. n.9. p.257-249. maio. 2001.

38 CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Crimes Fiscais e Sigilo Bancário: Pressupostos e Limites Constitucionais. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). *Direito Penal Empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 60.

Para o penalista Nelson HUNGRIA, *“na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à descrição, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária”*³⁹.

Apesar da ampla aceitação, sobretudo entre os franceses, essa formulação teórica não é isenta de críticas. No entender de Alejandro VERGARA BLANCO, o conceito de profissão que integra a expressão “segredo profissional” assume um caráter autônomo, que contrasta com a complexa estrutura dos bancos, organizada de forma impessoal, o que descaracteriza a relação de confiança pessoal entre o banqueiro e o cliente. Além disso, como a sanção imposta é de natureza penal, que tende a não ser aplicada a pessoas jurídicas, a tarefa de individualização do responsável pode tornar-se difícil diante da complexidade das transações bancárias⁴⁰.

2.2.6. Teoria do direito à intimidade

Por essa teoria, o cliente, enquanto titular de um direito à intimidade, tem o poder de pretender a máxima descrição em torno dos fatos que confiou ao banco, configurando-se o sigilo bancário como uma defesa do íntimo, ainda que com aspectos econômicos.

Esse direito à intimidade importa o dever de os estranhos respeitarem o âmbito nitidamente privado, abstendo-se de dar publicidade às atividades próprias e puramente pessoais do sujeito e que ele mesmo deseja que não se divulgue; é o direito de manter intacta, desconhecida e inviolada a zona íntima, familiar do homem, ou,

39 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal* – vol VI. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 272-273.

40 VERGARA BLANCO, A., Op. cit., p. 373.

segundo a terminologia que se prefira, um direito à personalidade, de natureza inata, individual ou um direito humano. Essa doutrina reconhece que o aspecto econômico ou patrimonial faz parte da intimidade das pessoas, tema esse bastante controvertido⁴¹.

2.3. ESTRUTURA DO SIGILO BANCÁRIO

Cumpre aqui examinar a natureza jurídica, os sujeitos e o objeto desse instituto.

Sérgio COVELLO assevera que o sigilo bancário constitui uma obrigação jurídica, isso é, um vínculo pelo qual o banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem⁴². Essa conclusão pode ser confirmada pelos conceitos criados pela doutrina. Cite-se alguns fixados por autores estrangeiros: do argentino Juan Carlos MALAGARRIDA: *“a obrigação imposta aos Bancos de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações que os vinculam”*⁴³; do mexicano Octávio HERNÁNDEZ: *“é o dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar nem direta nem indiretamente os dados que cheguem a seu conhecimento, por razão ou com motivo da atividade a que se dedicam”*⁴⁴; do português Alberto LUÍS: *“discrição que os bancos, os seus órgãos e empregados, devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das*

⁴¹ Ibid., p. 389-390.

⁴² COVELLO, S. C., Op. cit., p. 87.

⁴³ Apud ibid., p. 83.

⁴⁴ Apud ibid., p. 84.

funções bancárias”⁴⁵; do libanês Raymond FARHAT: “a obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares”⁴⁶. No Brasil, onde poucos se dedicaram ao estudo do tema, recorre-se aos seguintes autores: Sergio Carlos COVELLO: “a obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”⁴⁷; Arnaldo WALD: “obrigação de discrição imposta aos Bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo os presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação”⁴⁸.

O sujeito passivo dessa obrigação é aquele a quem se atribui o dever de manter o segredo. Para Nelson ABRÃO o pólo passivo abrange todos os funcionários do banco, desde o mais categorizado diretor até o mais simples empregado⁴⁹. No direito pátrio, o termo banco deve ser entendido de forma ampla, pois não só as instituições bancárias estão submetidas ao sigilo, como também as instituições financeiras em geral e outras entidades subordinadas à lei que regula o Sistema Financeiro Nacional, o que inclui: as sociedades de crédito, as cooperativas de crédito ou a secção das cooperativas que a tenham, as associações de poupança, as bolsas de

45 LUÍS, Alberto. **Direito Bancário: temas críticos e legislação conexa**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 88.

46 Tradução livre do original: “l’obligation faite au banquier – et bénéficiant au client – de ne pas révéler certains faits, actes, chiffres ou autres informations dont il a eu connaissance à l’occasion de l’exercice de son activité bancaire et notamment ceux qui concernent son client, sous peine de sanctions très rigoureuses d’ordre divers, civiles, pénales et disciplinaires.” - FARHAT, R., Op. cit., p.257.

47 COVELLO, S. C., Op. cit., p. 86.

48 WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n. 70. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. v.19. n.56. 1992, p..19.

49 ABRÃO, N., Op. cit., p. 58.

valores, as distribuidoras e os agentes autônomos de investimentos⁵⁰. O sujeito ativo da obrigação do sigilo é o cliente do banco, entendido como aquele que se vale dos serviços bancários com caráter de habitualidade⁵¹.

Quanto ao objeto do sigilo, a doutrina conforma-o de modo amplo; para Arnaldo WALD, abrange todos os aspectos da relação entre o banco e o cliente, presumindo-se a vontade do cliente de manter o sigilo em relação à sua conta bancária, salvo autorização em contrário⁵². Entretanto, como bem diferencia Raymond FARHAT, os fatos que compõem o objeto do segredo devem decorrer da relação interna dos negócios com o cliente, o que exclui os fatos de que o banqueiro tomou conhecimento em outra qualidade, como amigo ou parente⁵³. Sergio COVELLO precisa os contornos desses fatos: as operações bancárias (ativas, passivas e serviços em geral), dados dessas operações (forma de pagamento, montante, destinação *etc*), dados informados pelo cliente para conseguir a operação (dados pessoais, endereço, estado civil, nome do cônjuge, ordenado, local de trabalho, relação de bens, e outros dados íntimos da vida particular do cliente que chegam ao conhecimento do banco em virtude da operação realizada, como nos casos de relação extra-conjugal)⁵⁴.

2.4. DIREITO COMPARADO

Ao comentar a respeito dos diversos regimes de sigilo bancário nos vários países, o tributarista espanhol José Ramon RUIZ GARCIA conclui que a solução adotada em cada ordenamento positivo depende da diversa valoração e composição

50 COVELLO, S. C., Op. cit., p. 92-93.

51 Ibid., p. 98.

52 WALD, A. O sigilo bancário no projeto..., Op. cit., p. 19.

53 FARHAT, R., Op. cit., p. 85.

54 COVELLO, S. C., Op. cit., p. 106-110.

dos interesses sociais e princípios jurídicos que realiza o legislador, dentro do marco definido pelo texto constitucional; e que a questão quanto ao sigilo bancário dever operar também em face da Fazenda Pública é, antes de tudo, uma questão de oportunidade, conveniência econômica e política, dependente em grande parte da situação econômica.⁵⁴

Levando em conta as especificidades da realidade brasileira, poder-se-ia argumentar, à primeira vista, que as experiências estrangeiras não teriam interesse para o desenvolvimento, inclusive doutrinário, do instituto do sigilo bancário. Nada mais infundado. Se assim fosse, dever-se-ia fechar os olhos para o direito comparado relativamente a todo e qualquer tema de direito, já que a riqueza da vida cotidiana faz com que cada país tenha um repertório jurídico único. Além disso, o tema dessa monografia encontra-se imbricado com questões que se tornaram comuns em todos os países de economia capitalista, que fazem de suas instituições financeiras um de seus alicerces. O estudo das soluções adotadas em outros ordenamentos jurídicos, portanto, justifica-se plenamente pela importância do direito comparado, como metodologia científica, e pelas repercussões introduzidas pelo fenômeno da globalização.

René DAVID, estudioso do direito comparado como ciência, aponta várias utilidades para essa metodologia científica: em primeiro lugar, o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento. O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar a sua obra. O recurso pelo legislador à ajuda do direito comparado não pode deixar de se tornar, na nossa época, cada vez mais freqüente, uma vez que se tende a deixar de considerá-lo como um mero instrumento de estabilização, passando-se a vê-lo como fator de transformações mais ou menos radicais da sociedade pela ação de novas leis. Não só o legislador pode utilizar o direito comparado para aperfeiçoar o direito, já que idêntica possibilidade está aberta à doutrina e à jurisprudência. A lei pode ter um caráter nacional, mas o direito jamais se

54 RUIZ GARCIA, José Ramon. *Secreto Bancário y hacienda pública*. Madrid: Civitas, 1988, p. 17.

identifica efetivamente com a lei. A ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional.⁵⁶ Leciona ainda o jurista francês que todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreender o seu próprio direito, quer para tentar aperfeiçoá-lo, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos. Para que o direito comparado cumpra sua função que lhe compete, é necessário que os juristas deixem de se concentrar unicamente no estudo de seu direito nacional, e que, na ocasião própria, façam uso do método comparativo⁵⁷. Para esse autor não existe ciência do direito que não seja universal. O direito comparado é um dos elementos desse universalismo, particularmente importante na nossa época; desempenha e é chamado a desempenhar, mais ainda, uma função de primeira ordem para o conhecimento e o progresso do direito⁵⁸.

O direito comparado exerce ainda outras funções. Segundo o professor José Roberto VIEIRA, no que atine à aproximação de legislações, viabiliza a uniformização (ocorrência das mesmas regras em ordenamentos diversos, por força de acordos internacionais) e a harmonização (compatibilização de diferentes ordenamentos, atenuando-lhes as incoerências). No que tange à cultura jurídica, o direito comparado atua como instrumento auxiliar das disciplinas jurídica em geral, inclusive daquelas ciências que também elegem o direito como seu objeto, sem contudo restringir-se a um determinado direito positivo (Filosofia do Direito, Sociologia do Direito *etc*), contribuindo ainda na formação dos juristas⁵⁹.

56 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 5-6.

57 Ibid., p.9-10.

58 Ibid., p. 14.

59 VIEIRA, José Roberto. **Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilnárias Brasileiras**. São Paulo, 1999. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 95-96.

Como critério metodológico, duas preocupações orientaram a pesquisa: em primeiro lugar, procurou-se utilizar fontes originais, isso é, textos cujos autores discorrem sobre a legislação de seu próprio país, que, nessa qualidade, são sempre mais fidedignos do que aqueles produzidos por estrangeiros. A segunda preocupação foi a de priorizar os textos recentes, tendo em vista a verificação de importantes modificações nas legislações de vários países com respeito a essa disciplina, a partir da década de 90; assim sendo, uma pesquisa feita com base em textos antigos provavelmente conduziria a conclusões que não refletem a atual conjuntura⁵⁹.

2.4.1. Sigilo bancário na Suíça

Raymond FARHAT assinala que os autores suíços admitem que o segredo bancário se justifica por razões de ordem econômica; a discrição é a base da atividade bancária, e para que os estabelecimentos de crédito possam assumir suas tarefas é necessário ter a confiança de seus clientes, o que supõe a capacidade de garantir a discrição desejada. Explica-se o fundamento de caráter econômico desse instituto pelo fato de, na Suíça, ele operar como uma estratégia de captação. O segredo oferece um atrativo para os capitais errantes, carentes de segurança, de anonimato e de conforto; ninguém pode contestar a existência atual de um novo tipo de homem rico, desprovido de bens visíveis e que não mais possui domicílio conhecido, eis que esse é o local onde

⁵⁹ Tome-se como exemplo o excelente artigo de Sacha Calmon Navarro COELHO escrito em 2001, com base em minuciosa pesquisa realizada em co-autoria com Misabel de Abreu DERZI, que consta também em livro publicado em 1997. A pesquisa, baseada em publicação de 1991, levou à conclusão de que a grande maioria dos países desenvolvidos mantém a observância rigorosa do sigilo bancário em relação ao fisco, tendo sido citada a experiência do Canadá, Estados Unidos, Finlândia, Japão, Portugal, Alemanha, Bélgica. A leitura de fontes mais recentes revelou que nesses países o fisco tem acesso à informação bancária diretamente junto aos bancos, sem intervenção judicial, inclusive com informação confirmando mudanças recentes na legislação. Além disso, a leitura atualizada leva a crer que a conclusão a que os autores citados chegaram passou a ser exceção, e não mais a regra: atualmente, somente a Suíça, Áustria e Luxemburgo, dentre os países membros da OCDE, exigem autorização judicial para o levantamento do sigilo bancário pela administração fazendária - DERZI, Misabel de Abreu, COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário aplicado**. Belo Horizonte: Saraiva, 1997, p. 269-275 - COELHO, Sacha Calmon Navarro. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 94-98.

se situa o principal estabelecimento. Esses ricos errantes, semelhantes aos mercadores da Idade Média, transportam sua fortuna com eles através do mundo; sua pátria é onde eles se sentem bem⁶⁰.

Segundo informações obtidas no *site* da sociedade Micheloud, um dos primeiros documentos legislativos disciplinando o segredo bancário data de 1713, quando O Grande Conselho Genovês (*Le Grand Conseil Genevois*) estipulou que os banqueiros deveriam criar um registro de seus clientes e de suas operações, sendo-lhes vedada a divulgação desses dados a qualquer outro, exceto o cliente implicado, salvo acordo expresso do Conselho Municipal (*Conseil de la Ville*)⁶¹. A partir dessa política, a Suíça tornou-se um asilo financeiro e político para os capitais dos nobres, que procuravam abrigo seguro para suas finanças, ameaçadas pelo período revolucionário que varreu a Europa após 1789.

Até 1934, o segredo bancário era regido somente pelo direito civil. O Código Civil suíço de 1907 e o Código das Obrigações de 1911 garantiam aos clientes lesados o direito de pleitear ações de perdas e danos contra o banqueiro, que não se submetia a nenhuma sanção de natureza penal. Esse regime conferia ao instituto suíço uma natureza contratual, conforme já visto no capítulo dedicado às teorias sobre a natureza jurídica do sigilo bancário, na página 13. Entretanto, esse regime baseado na simples convenção entre as partes tornou-se insuficiente, diante das conseqüências advindas do *crash* financeiro de *Wall Street*, de 1929, que em seguida afetariam a Europa: recessão, tensões internacionais, escalada do fascismo e de governos populares. A partir de então, somente a consagração legal do segredo bancário permitiria ao governo suíço demonstrar claramente suas convicções liberais e sua recusa às ingerências nos

60 FARHAT, R., Op. cit., p.62.

61 Trata-se de sociedade fundada em 1.999, oriunda de família homônima, que se ocupa de auxiliar clientes no estrangeiro a vir se instalar na Suíça, oferecendo serviços de consultoria financeira - MICHELOUD & Cie. *Les origines historiques du secret bancaire*. Disponível em <<http://www.rpn.ch/escf/matieres/SciencesHumaines/Economie/secBan.htm>> Acesso em: 22 fev. 2004.

negócios privados dos cidadãos. Criou-se, assim, a lei dos bancos em 1934⁶².

A Lei Federal dos Bancos, de 1934, introduziu o segredo bancário no âmbito penal, com a previsão legal expressa de pena de prisão aos banqueiros que o violem. Há duas circunstâncias históricas que justificam a criação dessa lei, que visou sobretudo reforçar a proteção da esfera privada dos depositantes: o caso dos espões nazistas e as pressões da esquerda francesa. HITLER, em meio a necessidade de reforço do controle de câmbio decorrente da crise de 1931, promulgou uma lei prevendo pena capital aos alemães detentores de capital no exterior; operações de espionagem bancária na Suíça, coordenada pela Gestapo, culminam com a morte de três alemães, tragédia que obriga o governo suíço a adotar medidas mais protetivas aos clientes bancários⁶³. Por outro lado, o caso *la Basler Handelsbank*, de 1932, revelou a existência de contas bancárias na Suíça pertencentes a mais de dois mil integrantes da elite francesa, incluindo senadores, um ministro, bispos, generais e industriais, o que levou a esquerda daquele país a denunciar o programa de austeridade elaborado por um governo burguês que nada fazia para combater a fraude fiscal, pleiteando, em vão, um direito de vigilância sobre as contas francesas na Suíça⁶⁴.

O artigo 47 da Lei Federal dos Bancos comina pena de prisão a quem

62 Id.

63 Um dos procedimentos utilizados pela Gestapo consistia em disfarçar um agente da SS em trajes civis, que se dirigia a um banco na Suíça apresentando ao caixa uma soma em dinheiro para ser depositado na conta de algum suspeito alemão. A prova da existência da conta era o aceite do depósito, e, em alguns casos, o simples olhar constrangedor do funcionário do banco. Em seguida, o suspeito na Alemanha era pressionado a instruir o banco a efetuar o repatriamento dos fundos. Esses casos deram origem, posteriormente, às contas numeradas, em que os funcionários do banco desconheciam a identidade dos titulares das contas, evitando, assim, esse tipo de indiscrição - Id.

64 Em 1932 o governo radical francês de HERRIOT, apoiado pelos socialistas, anuncia um programa de austeridade fiscal, que se tornou insustentável após a revelação do escândalo das contas na Suíça. Em meio a calorosos debates no parlamento francês, deputados esquerdistas propõem a execução de um inventário de todo patrimônio dos contribuintes franceses e uma verdadeira operação de extradição fiscal. O ministro de finanças da França declara sua disposição de negociar em face do governo suíço o direito de verificar as contas na Suíça pertencentes a cidadãos franceses. Os banqueiros de *la Handelsbank* são interrogados e intimados a abrir seus registros. Eles buscam proteção na jurisprudência do tribunal federal, que decide pela conservação de discrição absoluta sobre as informações de seus clientes. Entretanto, em 18 de dezembro, o governo HERRIOT cai e o caso perde importância política, aliviando as pressões. Esses casos de ingerência estatal na esfera privada levaram as autoridades suíças a tomar consciência da necessidade de reforçar o sigilo bancário, preservando com isso os interesses econômicos de seu país. Não dispondo de forças para opor-se aos poderosos vizinhos, recorreram ao Direito: somente uma lei clara e indiscutível proibindo a divulgação do segredo bancário poderia evitar sua violação por meio de pressões - Id.

divulgar segredo a ele confiado em virtude de relação profissional e a quem induzir outros a violarem segredo profissional, mesmo agindo com negligência. A violação de segredo profissional permanece mesmo após o término da relação empregatícia, ou do exercício da profissão. A sanção penal dá-se sem prejuízo de outras sanções de natureza civil e administrativa, como a demissão do empregado e a cassação de licença para o banco operar. Os bancos são responsáveis pelos atos praticados por seus agentes e pelas suas filiais⁶⁵.

Nas décadas de 60 e 70, segundo Urs Martin LAUCHLI, o segredo bancário suíço foi alvo de severas críticas internacionais, que levaram o Partido Social-Democrata, em 1984, a submeter a referendo popular uma proposta visando diminuir a abrangência do dever de sigilo, em que o povo, por uma margem de votos de 3 para um, decidiu pela permanência do regime. A partir de então, ocorreram algumas mudanças na área penal, particularmente relacionadas a operações comerciais envolvendo informações privilegiadas (*insider trading*) e lavagem de dinheiro. Algumas dessas mudanças foram decorrentes de tratados internacionais, entre eles o Ato Federal Geral de Assistência Mútua Internacional em Matérias Criminais (*General Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters*), de 01 jan. 1983, a Convenção Européia de Assistência Mútua Legal em Matérias Criminais (*European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*), e o Tratado Suíço-Norte Americano de Assistência Mútua em Matérias Criminais (*American-Swiss*

65 A íntegra do art. 47 apresenta o seguinte teor: "1. Aquele que divulgar um segredo a ele confiado na condição de empregado, mandatário, liquidante ou encarregado de um banco, representante do Banking Commission, empregado de reconhecida empresa de auditoria, ou aquele que tomou ciência de tal segredo nessa condição, bem como aquele que tentar induzir outros a violarem segredos profissionais, será punido com prisão de até seis meses ou multa de até 50.000 francos. 2. Se o ato foi praticado por negligência, a penalidade será multa de até 30.000 francos. 3. A violação de segredo profissional permanece punível mesmo após o término da relação de emprego ou do exercício da profissão. 4. Regulamentos federais e locais relativos à obrigação de testemunhar e fornecer informação à autoridade governamental deverão permanecer reservados". Tradução livre do original: "1. Whoever divulges a secret entrusted to him in his capacity as officer, employee, mandatory, liquidator or commissioner of a bank, as a representative of the Banking Commission, officer or employee of a recognized auditing company, or who has become aware of a such secret in this capacity and whoever tries to induce others to violate professional secrecy, shall be punished by a prison term not to exceed 6 months or by a fine not exceeding 50.000 francs. 2. If the act has been committed by negligence, the penalty shall be a fine not exceeding 30.000 francs. 3. The violation of professional secrecy remains punishable even after termination of the official or employment relationship or the exercise of the profession. 4. Federal and cantonal regulations concerning the obligation to testify and to furnish information to a government authority shall remain reserved." - Apud GOTTRAU, Nicolas de. U.S. Insider trading prohibition, swiss banking secrecy and swiss insider trading law: the current situation. *Revue de Droit des Affaires Internationales*. Paris. n.5. 1993, p.561.

Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters), de 1977⁶⁶.

Através do *General Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters*, qualquer país pode contar com a cooperação legal da Suíça, incluindo a produção de registros bancários. A condição imposta é a observância ao princípio da dupla incriminação, ou seja, a ofensa combatida no país de origem deve configurar um delito punível também pela lei suíça. A título de exemplo, a evasão fiscal não é considerada crime, embora a fraude fiscal o seja, o que impossibilita a cooperação judicial por parte dos suíços. Esse ato é aplicável a todos os países, mesmo àqueles que não tenham assinado tratados de cooperação internacional multilateral ou bilateral com a Suíça⁶⁷.

Atualmente, a Suíça é considerado o país líder mundial em operações bancárias privadas. Estimativas demonstram que mais de um quarto da riqueza privada mundial mantida fora do país de origem encontra-se depositada na Suíça. O franco suíço é uma das moedas mais seguras, sendo a quinta mais utilizada, vindo após o dólar, o euro, o yen, e a libra esterlina⁶⁸. O dever de discrição do banqueiro tem sido uma das características que contribuíram para a robustez do mercado bancário helvético. Jacques de WATTEVILLE, chefe do *Service Économique et Financier du Département Federal des Affaires Étrangères* da Suíça, reconhecendo o risco da utilização do segredo bancário para fins criminais, menciona as seguintes medidas adotadas pelo governo suíço, visando evitar o uso abusivo da sua praça financeira: a) adoção de medidas drásticas de combate às operações de lavagem de dinheiro

66 LAUCHLI, U. M., Op. cit., p. 872.

67 Ibid., p. 873.

68 WATTEVILLE, Jacques de. Le secret bancaire menacé? In: Séminaire organisé par International Faculty for Executives (IFE), 2001, Genève. Disponível em <http://www.dfae.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/bank.html>. Acesso em 25 ago. 2003. Em outro texto, o mesmo autor aponta os seguintes motivos que contribuíram para esse sucesso: estabilidade política baseada na neutralidade; estado de direito e segurança jurídica; qualidades dos serviços ofertados pelos estabelecimentos bancários baseados nas garantias oferecidas e na confiança; condições macroeconômicas sadias e fiscalização moderada; situação geográfica central na Europa; abertura da praça financeira ao estrangeiro; sigilo bancário; conversibilidade histórica do franco suíço - WATTEVILLE, Jacques de. The protection of privacy vs. the prevention of financial crime. In: **Private Banking Conference**, 2003, London. Disponível em <http://www.dfae.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/bank.html>. Acesso em 25 ago. 2003.

(introdução desse crime no código penal em 1990, criação de lei sobre o tema em 1998, que obriga os bancos a denunciarem qualquer transação suspeita); b) revisão da lei de cooperação internacional na área penal, em 1997, causando redução da duração dos processos de execução e limitando as possibilidades de recurso, através da restrição do círculo de pessoas legitimadas a recorrer; c) medidas atribuindo mais competências à Confederação em matérias antes atribuídas aos cantões; d) alteração no código penal, em 1999, criminalizando a corrupção de funcionários estrangeiros. Conclui o embaixador deixando claro que o dinheiro de origem criminosa, oriundo da máfia ou de personalidade políticas que desviam recursos públicos, não é bem-vindo na Suíça⁷⁰.

As famosas contas anônimas da Suíça, na realidade não existem; as contas numeradas não são anônimas; embora o conhecimento da identidade de seus titulares seja restrito a um número limitado de empregados *sênior* do banco, elas se submetem às mesmas limitações de sigilo dos demais tipos de contas^{71 72}. A respeito dessa questão, Carlo LOMBARDINI acrescenta que um banco suíço deve sempre conhecer a identidade de seu co-contratante e do beneficiário econômico dos haveres depositados em seus livros, incluindo sobrenome, nome e domicílio. O beneficiário econômico não deve ser revelado nos seguintes casos: a) o titular da conta não é uma sociedade dita de domicílio, mas uma sociedade que aloca pessoal em localidades para o exercício de uma atividade; b) o titular da conta é um notário ou advogado suíço que deposita nessa conta os fundos que recebe no âmbito de sua atividade jurídica. Seu mandato não se encontra limitado à detenção dos haveres. Essas exceções justificam-se pelo fato de que, antigamente, os notários ou advogados suíços eram dispensados, de modo geral,

⁷⁰ Id.

⁷¹ LAUCHLI, U. M., Op. cit., p. 872.

⁷² Nos países da OCDE, as contas anônimas existem somente na Áustria e na República Tcheca, e somente em algumas circunstâncias. Na Áustria, somente são permitidas para residentes e para contas de poupança. A lei da República Tcheca limita os depósitos anônimos ao equivalente a US\$ 3.700 - COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. **Improving Access to Bank Information for Tax Purposes**. Paris: OECD, 2000. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01 jul. 2004, p. 35.

de declarar os beneficiários econômicos dos haveres que depositavam nos bancos⁷³.

As medidas adotadas pelo governo suíço visam também a combater os crimes tributários. Em diversos casos o segredo bancário pode ser quebrado e as autoridades suíças cooperam com outros países. Um dado relevante no direito suíço é a ausência de tipificação criminal da simples evasão fiscal, entendida como omissão de declaração de renda, que é considerada como infração administrativa e não penal. Como consequência, em virtude do princípio da dupla incriminação, esses casos não justificam o levantamento das informações bancárias; entretanto, deve-se levar em conta que, em geral, os casos graves de evasão fiscal comportam elementos constitutivos de fraude, como utilização intencional de títulos falsos a fim de ludibriar as autoridades fiscais, essa sim, possibilita a cooperação suíça⁷⁴.

2.4.2. Sigilo bancário na França

Um dos primeiros textos normativos a regulamentar o sigilo foi o Regulamento de Outubro de 1706 (*Règlement d'octobre 1706*), uma espécie de código que continha os estatutos e regulamentos aplicáveis aos conselheiros do rei, agentes de banco, câmbio, comércio e finanças de Paris, que reconhecia a necessidade de segredo nos negócios bancários, cambiais, comerciais e financeiros, estabelecendo a proibição de sua revelação sob qualquer pretexto⁷⁵. Em 1720, uma decisão do Conselho de

73 LOMBARDINI, Carlo. Cooperação internacional na esfera penal e sigilo bancário suíço. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo. v.2. n.5. maio/ago. 1999, p.315-316.

74 WATTERVILLE, J., Op. cit.

75 O art. 8 estabelecia que: “Dado que o sigilo bancário é absolutamente necessário nas negociações de banco, câmbio, comércio e finanças, que elas se operam na maior parte das vezes na forma de carnês ou títulos ao portador, que não é possível mantê-los sob uma forma regular e que frequentemente muitos agentes se apresentam de forma confusa para realizar as operações, foi convencionado que o sigilo das negociações não poderá ser revelado, que a representação ou comunicação dos registros não será permitido, qualquer que seja a causa ou pretexto, em conformidade com o artigo 9º do título III do regulamento de março de 1673”. Tradução livre do original: “Attendue que le secret est absolument nécessaire dans les négociations de banque,

Estado proclamava uma regra de conduta profissional, pela qual, sempre que um agente de câmbio estiver em negociações com qualquer banqueiro, negociante, ou outros, qualquer que seja a negociação, um segundo agente não poderá ouvi-los ou interrompê-los, sob pena de multa de 50 libras⁷⁶. Em 1724, uma decisão do Conselho estabelecendo uma Bolsa de Valores em Paris, previa regra proibindo os agentes de câmbio de citar em qualquer caso aqueles que os encarregassem de negociar, dos quais eles devem guardar um segredo inviolável e lhes servir com fidelidade em todas as circunstâncias de suas negociações⁷⁷.

A violação do segredo pelo agente de câmbio era sujeita à sanção penal, sem prejuízo da destituição, multa de três mil libras, e perdas e danos ao cliente. A obrigação de segredo era considerada como se fosse um depósito, cuja revelação constituía um abuso de confiança, baseado no fato de dispor de algo que lhe fosse confiado sem ser proprietário.

O sigilo bancário francês funda-se no dever de sigilo profissional. Esse fundamento tem origem curiosa. Raymond FARHAT elucida que o segredo dos negócios bancários era protegido penalmente devido ao entrelaçamento das funções de agente de câmbio e de banco. Esse regime desapareceria posteriormente pela dissociação que se estabeleceu entre essas atividades, despojando a descrição bancária de proteção penal. Esse vácuo protetivo foi preenchido pela doutrina e jurisprudência, responsáveis pela formulação da teoria do sigilo profissional, como forma de garantir

change, commerce et finances, qu'elles se consomment la plupart en ville sur des carnets ou portatifs, qu'il n'est pas possible de tenir dans une forme régulière et que souvent plusieurs agents se présentent confusément pour faire des négociations, il a esté convenu que le secret des négociations ne pourra estre révéle, que la représentation ou communication des registres ne pourra estre accordée pour quelque cause et prétexte que ce soit, conformément à l'article 9 du titre III de l'édit du mois de mars 1673." - Apud FARHAT, R. Op. cit., p. 20.

⁷⁶ Tradução de "livre", antiga moeda francesa - *Dictionnaire de la Langue Française. Le Robert Micro Poche*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1997, p. 744.

⁷⁷ Observa-se nesses regramentos antigos uma preocupação com a conduta dos agentes de câmbio, cujas atividades eram bem distintas de suas atuais atribuições. Na época, esses profissionais envolviam-se com os negócios de tal maneira que detinham informações confidenciais de seus clientes, encarregando-se de operações que se assemelham às atuais atividades bancárias, como: ordens de pagamento, descontos, recebimento de valores *etc.* Mesmo na época, a associação entre agentes de câmbio e de banco era significativa, sendo uma expressão empregada por outra e vice-versa - FARHAT, R., Op. cit., p.22.

tutela penal ao sigilo bancário⁷⁸.

A construção doutrinária e jurisprudencial foi erigida com base no artigo 378 do Código Penal francês, que consagra o princípio geral do segredo profissional. Esse artigo proíbe a revelação de segredos confiados aos médicos, aos cirurgiões e demais profissionais da saúde, e a outros profissionais que, por razão de estado ou profissão, são depositários de segredo⁷⁹. Essa última parte encerra uma fórmula geral que estende o dever de sigilo a outros profissionais, em cuja interpretação criou-se a noção de “confidente necessário”, como sendo aquele que exerce uma profissão em que ele recebe segredos que lhes são necessariamente confiados, e sem os quais não é possível exercer essa profissão.

Até a primeira metade do século XX, a doutrina francesa mostrava-se reticente em remeter o banqueiro ao princípio do segredo profissional, pois eram considerados simples comerciantes desprovidos do caráter público inerente ao confidente necessário. Esse entendimento mudou com a regulamentação bancária de 1941 e 1945, que reservou aos banqueiros o monopólio da atividade bancária. O artigo 19 dessa lei submetia ao segredo profissional todo aquele que a qualquer título participasse na direção, administração ou controle de bancos. Para Monique CONTAMINE RAYNAUD, essa controvérsia restou definitivamente superada com a lei bancária de 24 jan. 1984, que consagra largamente o princípio do segredo profissional entre os banqueiros, incluindo não somente aqueles que participam da gestão de um banco, mas também seus empregados⁸⁰. O novo código penal, que entrou

78 Id.

79 Prescreve esse artigo que “os médicos, cirurgiões e outros profissionais da saúde, assim como os farmacêuticos, as parteiras e todas outras pessoas detentoras, por estado ou profissão ou por função temporária ou permanentes, de segredos a elas confiados, que, fora dos casos previstos na lei, revelem esses segredos, serão punidas com prisão de um mês e multa de quinhentos a três mil francos”. Tradução livre do original: “les medecins, chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autre personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront revele ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de cinq cents à trois mille francs.” - Apud FARHAT, R., Op. cit., p.24.

80 O art. 57 dessa lei estabelece que “toda pessoa que, a qualquer título, participe da direção ou da gestão de um estabelecimento de crédito ou que é dele empregado, está obrigado ao segredo profissional nas condições e nas penas previstas no artigo 378 do Código Penal”. Tradução livre do

em vigor em 1994, substituiu o texto do artigo 378 pelo do artigo 226-13, com algumas alterações⁸¹.

Na construção da teoria do segredo profissional, a doutrina e a jurisprudência francesas encarregaram-se também de delimitar seu conteúdo, procurando definir quais tipos de informação o banqueiro estaria impedido de revelar. Segundo Raymond FARHAT, a proibição engloba todas as informações fornecidas com o fim de obter um crédito ou por ocasião de qualquer outra operação, como dados da conta, dados de negócios, lista de fornecedores *etc*, devendo-se levar em conta não somente as operações realizadas entre o banco e o cliente, mas também todos os atos que a elas se referem, incluindo o valor dos haveres e dívidas do cliente e tudo aquilo que se relacione ao montante e à natureza dos títulos confiados ao banqueiro. A condição essencial é que o fato esteja intimamente ligado ao exercício da profissão e que seja do conhecimento do banqueiro na ocasião das relações de negócio. Não se trata de um dever geral de segredo, mas sim de um dever de segredo profissional⁸².

A delimitação desse conteúdo foi fixada pela jurisprudência tendo em vista a prática corrente na praça bancária francesa de fornecimento de informações por um banco a outro ou a seus clientes, tratado como se fosse um direito de divulgação de informações de caráter geral. O caráter distintivo da informação protegida pelo segredo é a precisão; assim, um banco pode declarar que certo cliente é um bom ou mau pagador, mas não está autorizado a informar o montante de suas dívidas⁸³.

A proteção ao sigilo bancário encontra limites nos interesses do Estado, o

original: "toute personne qui, à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code penal." - Apud CONTAMINE RAYNAUD, M., Op. cit., p. 489.

81 Determina esse novo artigo que: "A revelação de informação de caráter sigiloso por pessoa, que dela é depositária, seja por estado, profissão ou função de missão temporária, é punida com prisão de um ano e multa de 100.000 francos ". Tradução livre do original: "La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état, soit par profession, soit en fonction d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende." - Apud id.

82 FARHAT, R., Op. cit., p. 27.

83 CONTAMINE RAYNAUD, M., Op. cit., p. 490

que lhe confere um caráter relativo, que emerge quando os interesses dos particulares são confrontados com o interesse geral. Os bancos devem participar desse interesse nos diferentes aspectos reconhecidos pela lei: o bom funcionamento do sistema bancário, o bom funcionamento da justiça penal, a defesa dos interesses econômicos do Estado. Esses últimos aparecem sobretudo em matéria tributária e na administração das aduanas.

A administração tributária sempre foi dotada de meios eficazes na busca de informações visando assegurar a efetividade da aplicação da lei tributária. Nesse sentido, os bancos desempenham um papel vital, como provedores de dados particularmente eficazes. Anne TEISSIER, professora doutora da Universidade de Direito, Economia e Ciências de *Aix-Marseille*, assevera que a quebra do sigilo bancário é necessária na luta contra a fraude fiscal, através da utilização de diversos instrumentos: a) obrigação de comunicação espontânea ao fisco (*obligation de communication spontanée*), b) direito de informação do fisco (*droit de communication*), c) busca e apreensão (*droit de visite et saisie*)⁸⁴.

A obrigação de comunicação espontânea ao fisco (*obligation de communication spontanée*) inclui informações de diversas naturezas. O artigo 1649 A institui o dever de as instituições de crédito declararem à Administração de Impostos toda abertura e fechamento de contas bancárias. Com relação aos rendimentos oriundos de capital mobiliário, não tendo a França optado pelo regime de retenção na fonte, o artigo 57 do anexo II do Código Geral dos Impostos (*CGI - Code Général des Impôts*) prevê que todas as pessoas ou sociedades que profissionalmente pagam lucros, dividendos, rendas e outros produtos de valores mobiliários são obrigadas a enviar à direção de serviços fiscais um extrato dos montantes pagos por ela. Relativamente às remessas bancárias ao estrangeiro, o artigo 98 da Lei de Finanças (*Loi de Finances*) de 1989 obriga os bancos a informá-las, quando efetuadas por pessoa jurídica e de

84 TEISSIER, Anne. *Le secret professionnel du banquier*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1999, p. 432-462.

valor superior a 50.000 F⁸⁵.

O direito de informação do fisco (*droit de communication*) é a faculdade reconhecida pela lei aos agentes fiscais de exigir a produção de documentos, peças de correspondência e livros contábeis, visando ao controle dos impostos exigíveis, à busca de omissões e de fraudes em matéria tributária. Esse direito apóia-se nos artigos L. 85 e L. 83 do Livro de Procedimentos Fiscais (*LPF - Livre des procédures fiscales*). O primeiro estipula que os contribuintes devem disponibilizar à administração, quando por essa demandada, os livros cuja escrituração é obrigatória pelas leis comerciais, assim como todos os livros e documentos anexos, notas de receitas e despesas. O artigo 83 concede um direito de informação mais abrangente, pois alcança os documentos de serviço e não somente os livros de escrituração obrigatória. A incidência desse dispositivo sobre os estabelecimentos bancários não é pacífica, pois a lei elege como destinatários, entre outros, os estabelecimentos submetidos ao controle da autoridade administrativa, sem fazer menção expressa aos bancos⁸⁶. A autora cita sentenças de vários tribunais, entre eles o Conselho de Estado (*Conseil d'État*), em que os juízes defendem a idéia de que os bancos funcionam sob controle do Estado, estando sujeitos, portanto, ao comando do artigo 83 do LPF; na doutrina, entretanto, vários autores contestam essa posição, entendendo que aqueles julgados deturpam a noção de “controle”; a autoridade administrativa tem o poder de anular os atos dos órgãos que ela controla, poder esse que não detém o Conselho nacional do crédito

85 A autora escreve que esse dispositivo tem sido considerado pelos críticos como um atentado hipócrita ao segredo bancário e à livre circulação de capitais na Comunidade Européia, já que o art. 67 do Tratado de Roma estabelecia que os países membros da CEE deveriam suprimir as restrições aos movimentos de capital pertencente a residentes dos países membros; entretanto, o art. 4 concede aos Estados o direito de adotar medidas indispensáveis no combate às infrações, notadamente em matéria fiscal ou na fiscalização de estabelecimentos financeiros, prevendo inclusive procedimentos de declaração de movimentação de capitais à Administração - Id.

86 Prescreve esse artigo que “*As administrações do Estado, dos departamentos e das câmaras, as empresas concessionárias ou controladas pelo Estado, pelos departamentos e pelas câmaras, assim com os estabelecimentos ou organizações de toda natureza submetidas ao controle da autoridade administrativa, devem comunicar à Administração, a pedido dela, os documentos de serviço que eles detêm, sem poder opor o sigilo profissional*”. Tradução livre do original: “*Les administrations de l'État, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'État, les départements et les communes, ainsi que les établissements ou organismes de toute nature soumis au contrôle de l'autorité administrative, doivent communiquer à l'Administration, sur sa demande, les documents de service qu'ils détiennent sans pouvoir opposer le secret professionnel*” - Apud id.

(*Conseil national du crédit*) nem a Comissão bancária (*Commission bancaire*) sobre os bancos.

O direito de informação é exercido pelo fisco sem a necessidade de comunicar à pessoa que está sendo investigada e sem necessidade de motivação; não há previsão legal que imponha ao agentes fiscais a necessidade de informar a respeito da decisão de utilização do direito de informação; na prática, são os bancos que, sistematicamente, comunicam a seus clientes as demandas do fisco que a eles afetam; quanto à motivação, entende-se que é desnecessária pois a justificativa do uso do direito de informação torna-se difícil antes que se tenha acesso a certos documentos indispensáveis, e, além disso, pode haver cumplicidade dos agentes bancários em fraudes fiscais. Os banqueiros não se podem opor ao fornecimento das informações alegando o segredo bancário, que configuraria uma recusa de informação, sujeita às sanções previstas.

O direito de busca e apreensão (*droit de visite et saisie*) das autoridades fiscais é possível nos termos do artigo 89 da *Loi de Finances de 1984*, que concede aos agentes com nível hierárquico no mínimo equivalente ao de inspetor, com autorização judicial e acompanhado de um oficial da polícia judiciária, por motivo de verificação, persecução e repressão de infrações à legislação econômica, o poder de realizar visitas em locais profissionais ou domiciliares, para obter informações e apreender documentos.

2.4.3. Sigilo bancário na Bélgica

Thierry AFSCHRIFT, da Universidade de Bruxelas, e Pascale HAUTFENNE, advogado em Bruxelas, informam que a legislação de seu país possui uma lei que protege o segredo profissional, similar ao modelo francês. Entretanto, diversamente dos franceses, para a suprema corte belga (*Cour de cassation*), o

banqueiro não se encontra submetido a um verdadeiro segredo profissional, mas àquilo que se convencionou chamar de dever de discrição, para cujo descumprimento não existe sanção penal, ensejando no máximo responsabilidade civil⁸⁷.

Relativamente ao poder de investigação da administração tributária, o artigo 315 do código tributário belga obriga o contribuinte a comunicar à administração tributária todos os livros e documentos necessários à determinação do montante de seus lucros sujeitos à tributação. A doutrina discute a aplicação desse dispositivo a documentos relativos à vida privada do cidadão. Um julgado da *Cour de cassation* de 1981 decidiu que a administração tributária pode requerer a produção de todas as informações, sejam elas relativas à vida privada do contribuinte ou não, medida essa necessária, notadamente ao bem estar econômico de uma sociedade democrática. No exercício desse poder de investigação verificou-se uma certa tendência de inversão do ônus da prova em prejuízo do contribuinte; o autor defende a tese de que a administração deve comprovar a existência de operações profissionais envolvendo dada conta bancária⁸⁸.

Segundo informações do relatório “*Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais*” (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), publicado pela OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), e baseado em levantamento realizado em cada país membro dessa organização, o acesso à informação bancária pela administração tributária depende da natureza do imposto envolvido. Nos casos de imposto de renda, em que o sigilo bancário é mais estrito, a autoridade fiscal somente pode ter acesso àquelas informações se houver elementos concretos que presumam a existência de práticas fiscais fraudulentas. No caso do imposto sobre o valor agregado e os impostos aduaneiros, não é necessário estabelecer a presunção de fraude para o levantamento do

⁸⁷ AFSCHRIFT Thierry, HAUTFENNE, Pascale. *Le secret bancaire en droit fiscal*. Disponível em <<http://www.waw.be/idefisc/themes>>. Acesso em 05 ago. 2003.

⁸⁸ Id.

sigilo bancário, mas o inspetor deve requisitar autorização do diretor geral de sua administração. Com relação aos impostos patrimoniais não existe sigilo bancário⁸⁹.

2.4.4. Sigilo bancário nos Estados Unidos

Em trabalho intitulado “*Sigilo bancário suíço com aspectos comparativos ao modelo norte-americano*” (*Swiss bank secrecy with comparative aspects to the American approach*), Urs Martin LAUCHLI faz uma análise comparativa desse instituto entre os regimes americano e suíço⁹⁰. O tratamento ao sigilo bancário pelos Estados Unidos opõe-se frontalmente aos ideais suíços de segurança econômica nacional, privacidade e a relação banqueiro-cliente. Enquanto as leis suíças estabelecem penalidades às violações do sigilo bancário, as leis americanas impõem sanções criminais aos bancos que descumprem a obrigação de envio aos poderes públicos de relatórios contendo certos dados de seus clientes, estabelecidos pelo Ato do Sigilo Bancário (*Bank Secrecy Act*), de 1970.

As origens desse dispositivo legal remontam à década de 60 do século passado, quando autoridades americanas perceberam que cidadãos daquele país se beneficiavam do sigilo bancário para a prática de fraudes fiscais e tráfico ilegal de drogas. Os bancos passaram a ser obrigados a fornecer relatórios ao tesouro americano em caso de transações suspeitas de envolvimento com atividades ilegais, ou qualquer operação cujo montante ultrapasse US\$ 10.000, incluindo a identificação, número da conta e número de identificação do *social security* ou de contribuinte de impostos da pessoa envolvida. Além disso, os bancos devem manter, por um período de cinco anos, registros indicando a identidade de todo os titulares de conta e cópias ou microfilmes

89 COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. *Improving Access...*, Op. cit., p. 53-54.

90 LAUCHLI, U. M. Op. cit., p. 865-882.

de cheques superiores a US\$ 100. Em resposta às ações propostas por grupos da sociedade civil americana alegando violação a direitos constitucionais, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou que os clientes dos bancos não possuem expectativas legítimas de privacidade em suas contas bancárias. Em 1978, o Congresso americano aprovou o Ato do Direito à Privacidade Financeira (*Right to Financial Privacy Act*), que regula as condições de acesso a dados privados de natureza financeira pelos poderes públicos. O cliente deve ser notificado em caso de demanda por dados em seu nome, com direito a protestar contra essa requisição. Entretanto, esses direitos são limitados, pois o dispositivo não se aplica aos governos estaduais nem ao fisco americano. Conclui o autor que a ordem jurídica americana concede mínimos direitos de privacidade em se tratando de dados bancários, o quê se explica pela necessidade de combater os crimes que afetam a economia daquele país⁹¹.

Quando se estuda o direito americano, que pertence à família da *common law*, é fundamental que se faça com base em decisões judiciais, pois, como explica o professor Guido Fernando Silva SOARES, no nosso sistema, a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, ao passo que, entre os americanos, o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da verificação de uma lacuna, vai-se à lei escrita⁹². Os casos *United States v. Bisceglia*, *California Bankers Association v. Schultz*, e *United States v. Miller*, decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, criaram preocupações a respeito da intervenção do governo em negócios pessoais e financeiros nos quais os cidadãos guardavam alguma expectativa de privacidade. No caso *Bisceglia* decidiu-se que o *Internal Revenue Service* (IRS), tinha autoridade para intimar os bancos a identificarem o depositário de 400 dólares em cédulas deterioradas, o que levantou suspeitas de que as transações envolvendo aquele dinheiro não estariam sendo corretamente declaradas para fins

91 Id.

92 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 2000, p. 39.

fiscais⁹³. No caso *California Bankers Association*, a Corte decidiu pela constitucionalidade do *Bank Secrecy Act* de 1970, determinando que a manutenção dos registros em conformidade com aquela norma não violava o *fourth amendment rights* do depositário⁹⁴. No caso *Miller*, a Corte decidiu que a proteção prevista no *fourth amendment rights* não se aplica ao depositário de banco. A Corte, assim, abriu caminho para acesso irrestrito aos dados pessoais bancários mediante intimações administrativas do IRS, cujos agentes possuem poderes discricionários autônomos para isso⁹⁵.

Segundo informações do relatório “*Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais*” (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), publicado pela OCDE, com base em questionário respondido pelos países membros dessa organização, nos EUA, o acesso às informações bancárias por autoridades fiscais é possível desde que observados os critérios de boa-fé estabelecidos no caso *Powell*: a) investigação de boa-fé; b) relevância da informação demandada para a investigação; c) observância de todos os procedimentos administrativos requeridos; d) que a informação ordenada ainda não se encontre em poder da administração tributária. Esses critérios foram criados sob espírito liberal nos tribunais americanos, sendo que os bancos respondem regularmente às intimações do IRS sem necessidade de intervenção judicial⁹⁶.

Tanto a Suíça como os Estados Unidos valorizam o direito à privacidade do

⁹³ Trata-se do fisco federal americano, equivalente a nossa Secretaria da Receita Federal.

⁹⁴ Emenda IV. Busca e Apreensão. O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido, a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas - COOLEY, Thomas M.. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002, p.358.

⁹⁵ ALEXANDER, Richard; SPURGEON, Roberta K. **Privacy, banking records and the Supreme Court: a before and after look at Miller**. Disponível em <<http://consumerlawpage.com/article/privacy.shtml>>. Acesso em 26 mar. 2004.

⁹⁶ COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. **Improving Access...**, Op. cit., p. 75.

cliente, porém em graus distintos. A privacidade possui proteção na Constituição suíça, mas não na americana. Tradicionalmente, a Suíça considera a privacidade financeira como crítica quanto à sua soberania econômica, enquanto que os Estados Unidos tomaram a direção oposta, concedendo a seus cidadãos direitos mínimos quanto à privacidade financeira, como resultado de esforços no combate a crimes que afetam sua segurança econômica⁹⁷.

2.4.5. Sigilo bancário na Argentina

O sigilo bancário encontra-se disciplinado expressamente no artigo 39 da *Ley de Entidades Financieras (Ley 21.526)*, que estabelece a proibição de divulgação dos dados financeiros por parte das instituições financeiras, exceto quando requisitadas pelos juízes em causas judiciais, pelo Banco Central no exercício de suas funções, e pelo fisco, sob determinadas condições⁹⁸.

Da leitura desse dispositivo supra citado, percebe-se que a administração tributária platina é dotada de amplos poderes de investigação, podendo requisitar dados financeiros diretamente às instituições financeiras, sem necessidade de intervenção judicial. A única condição exigida é a existência de um pedido formal e prévio. A esse poder fiscalizatório atribuído aos agentes fiscais, contrapõe-se o dever

97 LAUCHLI, U. M. Op. cit., p. 881-882.

98 Esse artigo traz a seguinte redação, que reproduzimos conforme o original, em espanhol, tendo em vista a proximidade com o português: “Art. 39 .- Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen. Sólo se exceptuarán de tal deber los informes que requieran: a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas; b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones; c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales, sobre la base de las siguientes condiciones: - Debe referirse a un responsable determinado; - Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y - Debe haber sido requerido formal y previamente. Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso. d) Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del Banco Central de la República Argentina. El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que lleguen a su conocimiento.” - VIDAL AURNAGUE Sebastián. **Secreto bancario y la transferencia de información**. Disponível em <http://www.justiniano.com/revista_doctrina/secretobancario.html>. Acesso em 17 abr. 2003.

de guardar segredo, do qual a legislação local não se descuidou. Esse dever encontra-se disciplinado na *Ley 11.683*, qualificado como delito de natureza penal.

Os juristas argentinos Félix Gustavo GUERRIERI e Ramón Eduardo PENA esclarecem que a legislação atual, que confere amplas faculdades investigadoras ao fisco, é fruto de uma reforma tributária ocorrida na década de 80 do século XX, sendo antagônica ao regime anterior, que protegia os interesses dos investidores. Atualmente, o fisco pode requisitar dados aos bancos sem que haja um responsável determinado e sem haver procedimento fiscalizatório instaurado, bastando um prévio pedido formal, o que abre a possibilidade de obtenção de dados de contribuintes indeterminados. O que se pretendeu com essa reforma foi esgotar os meios para evitar a existência de redutos de evasão que, à época, alcançava níveis preocupantes⁹⁹.

Essa solução adotada pelo nosso país vizinho é oposta à idéia de reserva de jurisdição, defendida pela doutrina majoritária brasileira, segundo a qual o fisco somente poderia ter acesso às informações financeiras mediante prévia autorização pelo Poder Judiciário. Alejandro M. LINARES LUQUE argumenta que a prévia intervenção judicial não se justifica pelos seguintes motivos: a) a administração tributária deve ditar um ato administrativo fundamentado, justificando o requerimento de informação aos bancos, na falta de colaboração do contribuinte ou na presunção de que a informação apresentada encontra-se adulterada ou incompleta; b) o contribuinte conta com meios mais ou menos adequados para saber com que informação conta o fisco; c) a administração tributária não pode divulgar a informação obtida; d) o ordenamento estipula limites substanciais para a utilização dos dados para fins exclusivamente tributários¹⁰⁰. Para esse jurista argentino, o sigilo bancário não constitui diretamente uma expressão do direito à intimidade. O segredo bancário não

99 GUERRIERI, Félix Gustavo; PENA, Ramón Eduardo. *Secreto Bancario y Tributario*. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.235-242.

100 LINARES LUQUE, Alejandro M. *Secreto Bancario y Tributario*. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.35.

faz parte do conteúdo do direito à privacidade, que é composto por outros bens humanos, não se confundindo com a reserva de decisões da vida privada dos homens, atinentes à personalidade, às idéias, à conduta e aos costumes. A divulgação de informações bancárias podem afetar a privacidade das pessoas, porém, somente de forma indireta, nas situações em que a operação bancária reflita decisões privadas¹⁰¹.

A posição assumida pela jurisprudência argentina confirma os entendimentos acima expressos. Em um julgado datado de 30 maio 1997, o juiz reconhece o sigilo bancário regulado pelo artigo 39 da *Ley 21.526*, aduzindo que, não sendo ele absoluto, um banqueiro não poderá invocá-lo para se recusar a testemunhar aquilo que regularmente lhe é pedido, especialmente quando se trata de uma jurisdição repressiva¹⁰².

2.4.6. Sigilo bancário em Portugal

Maria Célia RAMOS, consultora do Banco de Portugal, ao discorrer sobre as origens e evolução desse instituto entre os portugueses, elucida que ele se encontra consagrado no direito positivo desde 1847, através do Regulamento Administrativo do Banco de Portugal, que estabeleceu o dever de observância do segredo bancário a todos os empregados do banco, aos seus diretores e ao próprio banco, abrangendo, de modo amplo, todas as informações relativas às operações do banco e aos depósitos dos particulares, e destinava-se a salvaguardar a confiança da clientela na instituição. Com

¹⁰¹ Ibid. p. 29.

¹⁰² Diz a sentença que: “*El secreto financiero que regula el artículo 39 de la ley 21.526, ha sido impuesto como medida de tutela para evitar que terceros ajenos a la relación con el banco, conozcan la situación patrimonial de los clientes de la entidad; sin embargo, el mismo no es absoluto, ya que, en justicia, un banquero difícilmente podrá invocarlo para rehusarse a testimoniar aquello que regularmente se le pide. [...] Los bancos no pueden, amparándose en el secreto bancario, rehusarse a testimoniar ante requerimientos judiciales formulados con respecto a las garantías procesales debidas, ni a requisitorias impuestas por el propio Banco Central u otras entidades financieras.*” - NEYRA, José Alberto. Secreto Bancario y Tributario. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. *III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.262.

relação às demais instituições de crédito, o dever de sigilo bancário apresentava origem contratual e costumeira, exceto na Caixa Geral de Depósito, cujos empregados, equiparados a funcionários públicos, encontravam-se legalmente obrigados ao dever de sigilo. O decreto n° 47.909/67 impôs a observância do dever de sigilo de forma genérica, estendendo-o a todas as instituições de crédito. Nos anos 1974 e 1975, em razão de movimentos sócio políticos, desencadeados pela Revolução de Abril de 1974, presenciou-se um ataque ao princípio da confidencialidade bancária, passando a ser prática corrente a devassa de contas bancárias de personalidades empresarias e públicas. A partir de 1978, pelo Decreto Lei n° 2/78, o segredo bancário atingiu o regime mais forte de proteção, sendo consagrado legalmente com caráter geral relativamente a todos os empregados e gestores do serviço das instituições de crédito, e protegendo todas as informações fornecidas pela clientela à instituição de crédito e os fatos inerentes à vida da própria instituição; a violação do dever de sigilo desencadeia responsabilidade disciplinar, civil e criminal, sendo que o código penal não impunha o dever de prestar depoimento a quem estivesse obrigado a guardar segredo profissional¹⁰³.

Esse último decreto foi revogado pelo Decreto Lei n° 298/92, que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Instituições Financeiras, sendo esse o atual diploma que rege o sigilo bancário. Estabelece esse decreto exceções ao dever de sigilo aos seguintes órgãos e situações: a) Banco de Portugal; b) Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; c) Fundo de Garantia de depósitos; d) nos termos previstos na lei penal e de processo penal; e) quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de sigilo. No âmbito da legislação tributária, o Decreto Lei n° 513-Z/79, que reestruturou a Inspeção Geral de Finanças, confere poderes às

103 RAMOS, Maria Célia. O Sigilo Bancário em Portugal. In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. **Sigilo Bancário**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p.117-137.

autoridades fiscais para exigir informações das instituições bancárias¹⁰⁴.

O Tribunal Constitucional português, ao pronunciar-se sobre o aludido decreto, declarou-o inconstitucional, pois entende que o sigilo bancário possui uma dimensão de defesa da intimidade da vida privada, direito esse de natureza fundamental consagrado no artigo 26 da Constituição, inserindo-se no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, cuja competência legislativa é reservada à Assembleia da República. Não tendo havido autorização legislativa, a norma é inconstitucional¹⁰⁵.

Essa posição, assumida pelo Tribunal Constitucional, é criticada pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, José Luís Saldanha SANCHES, que conclui que “*através da análise da investigação e análise das contas bancárias, torna-se assim possível penetrar na zona mais estrita da vida privada*”, e os juízes acabaram por criar um conceito tão vasto de intimidade que o faz abranger meras manifestações da situação patrimonial de cada indivíduo. Para o autor, a jurisprudência deveria estabelecer distinção para as várias intensidades de proteção à intimidade; as manifestações mais profundas de privacidade não podem ter o mesmo tratamento que simples situações patrimoniais que possam indiretamente revelar outras realidades íntimas. A negação da distinção entre as várias zonas da privacidade, como a intimidade, a zona de reserva e a discricção, corresponde a uma recusa de ponderação dos bens jurídicos implicados¹⁰⁶.

As críticas dirigidas à jurisprudência pelo jurista português não são apoiadas pela maioria de seus conterrâneos, que tendem a sustentar a tese da prevalência do direito à intimidade. Anselmo RODRIGUES assemelha a conta corrente a uma verdadeira biografia em números, já que, nos tempos atuais, é por meio das contas

104 RODRIGUES, Anselmo. Sigilo bancário e Direito Constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. **Sigilo Bancário**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p. 55-56.

105 Id.

106 SANCHES, José Luís Saldanha. *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*. Disponível em <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em 15 jul. 2003.

bancárias que se faz grande parte da relação de cada cidadão com os seus negócios, com os seus familiares e amigos, com instituições de solidariedade social. Elas contêm informações de natureza pessoal que necessariamente entram na esfera íntima ou de privacidade e dignidade humana, cujo conhecimento por terceiros, independentemente dos interesses que possam determinar a sua devassa, constituem violação do direito à reserva de intimidade. O fato de não conter um valor absoluto, devendo mesmo ceder perante outros valores mais elevados que como ele entrem em conflito, não legitima o legislador a levar tão longe a sua limitação que retire o conteúdo essencial a esse direito¹⁰⁷. Sofia Tomé D'ALTE, referindo-se aos dados bancários, indaga se numa sociedade em que se valoriza cada vez mais o ter em detrimento do ser, não poderão tais dados vir a assumir uma acrescida importância relativamente à reserva da vida privada¹⁰⁸. Alberto LUÍS, ao comentar que o segredo bancário diz respeito, predominantemente, à esfera privada de ordem económica, que é merecedora de tutela, tanto ou mais que outros aspectos, observa que as pessoas falam mais facilmente da sua saúde que da sua situação de fortuna, pois aquele que pergunta pela nossa saúde não nos parece indiscreto, e por outro lado, não passará pela ideia de ninguém perguntar a uma pessoa conhecida se ela tem um depósito de títulos no banco¹⁰⁹.

A prevalência dessa corrente doutrinária e jurisprudencial teve como consequência a criação, em Portugal, de um padrão protetor com características mais amplas do que o vigente na Suíça, até então considerado o país que oferecia o regime mais protetivo. Entretanto, recentemente, conforme comentário feito por José Augusto DELGADO, Portugal deixou de integrar o grupo constrangedoramente minoritário de países que não facultam o acesso pelas autoridades fiscais a informações bancárias de pessoas suspeitas de prática de fraude tributária, ao aprovar, em 19 dez. 2000, a Lei n°

107 RODRIGUES, A. Op. cit., p. 57-58.

108 D'ALTE, Sofia Tomé. O sigilo fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra, v.43. n.1, 2002, p. 502.

109 LUÍS, A., Op. cit., p. 88.

30-G, a Lei da Reforma de Tributação do Rendimento. O artigo 63 dessa lei prevê o acesso direto pelo fisco aos documentos bancários¹¹⁰.

Como esclarecem Chiara BRONCHI, e José C. GOMES-SANTOS, essa lei é parte de uma reforma tributária que Portugal vem implementando desde 1998 e que se estendeu até a primeira metade de 2002. Há entre os portugueses, um elevado nível de economia informal, estimado entre 24 a 30% do PIB nacional. Os autores apontam as seguintes causas para o baixo índice de adesão ao cumprimento das obrigações tributárias: a) força de trabalho largamente composta por profissionais autônomos; b) ineficiências na administração tributária; c) restrição de sigilo bancário para fins tributários; d) lentidão no cruzamento de informação entre as diversas autoridades fiscais e entre os registros fiscais e previdenciários. Além disso, a complexidade das leis tributárias, exacerbada por freqüentes revisões e emendas que sucederam à reforma tributária de 1989, aliadas à indulgência das leis contra evasão fiscal, também desestimularam o cumprimento voluntário pelos contribuintes¹¹¹.

2.4.7. Sigilo bancário na Espanha

110 Esse artigo contém o seguinte comando: "1. A administração tributária tem o poder de aceder directamente aos documentos bancários, nas situações de recusa da sua exibição ou de autorização para a sua consulta: a) quando se trate de documentos de suporte de registros contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos à contabilidade organizada. b) quando o contribuinte usufrua de benefícios fiscais ou de regimes fiscais privilegiados, havendo necessidade de controlar os respectivos pressupostos e apenas para esse efeito. 2. A administração tributária tem o poder de aceder a todos os documentos bancários, exceto as informações prestadas para justificar o recurso ao crédito, nas situações de recusa de exibição daqueles documentos ou de autorização para a sua consulta: a) quando se verificar a impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, nos termos da Lei Geral Tributária, e, em geral quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indirecta. b) quando os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente, para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possa permitir as manifestações de riqueza evidenciadas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 89 da Lei Geral Tributária. c) quando existam indícios da prática de crime doloso em matéria tributária, designadamente nos casos de utilização de facturas falsas, e, em geral, nas situações em que existam factos concretamente identificados gravemente indiciadores da falta de veracidade do declarado. d) quando seja necessário, para fins fiscais, comprovar a aplicação de subsídios públicos de qualquer natureza." - Apud DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo. v.4. n.13. jul./set. 2001, p. 26-27.

A partir da leitura das fontes consultadas, apoiadas em textos recentes de autores espanhóis, podem-se observar duas características marcantes no regime jurídico da reserva bancária espanhola. Por um lado, dá-se muita ênfase aos deveres de colaboração, sobretudo àqueles atribuídos às instituições bancárias em face do fisco, com respeito às informações passíveis de repercussões fiscais. Por outro lado, entende-se que o acesso aos dados bancários pelo fisco não pode ser oposto pela alegação de violação do direito à intimidade, o que contraria a corrente doutrinária, com grande representação no Brasil, que procura nesse direito os fundamentos daquele instituto. Essa tendência é observada na legislação, na doutrina e principalmente na jurisprudência.

Enrique PIÑEL LÓPEZ cita o relatório da *Dirección General de Inspección Financiera y Tributario* de 15 abr. 1985, segundo o qual o sigilo bancário foi introduzido na legislação espanhola através do Decreto de 24 jul. 1947, que aprovou o Estatuto do *Banco de España*, cuja incidência foi estendida pela jurisprudência a todos os bancos privados. Esse dispositivo estabelece a proibição ao banco de facilitar qualquer informação dos fundos que tenha em contas correntes, depósito ou qualquer outro conceito pertencentes a pessoa determinada, a não ser ao próprio interessado, a seu representante legal ou em virtude de providência judicial¹¹².

Os contornos do alcance do sigilo bancário em matéria tributária têm sido desenhados pelo Tribunal Constitucional, mediante um esforço de harmonização de dois interesses juridicamente tutelados: a proteção da intimidade, prevista no artigo 18.1 da constituição espanhola, e o dever de contribuir para a sustentação dos gastos públicos, consagrado no artigo 31 do texto constitucional, com nítida predominância

111 BRONCHI, Chiara; GOMES-SANTOS, José C. *Reforming the tax system in Portugal*. Paris: OECD, 2001. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01 jul. 2004, p. 6.

112 PIÑEL LÓPEZ, Enrique. Los Bancos y el Sistema Tributario. In: DÍAZ-MONASTERIO, Félix de Luis (coord.). *Estudios de Derecho Fiscal – em homenaje a Jaime Basanta*. Madrid: Civitas S.A., 1994, p. 37.

desse último interesse¹¹³. Na Sentença 11/1981, de 8 de abril, menciona-se que o direito à intimidade é limitado pelo dever de todos de contribuir para a sustentação das receitas públicas de acordo com a capacidade econômica do contribuinte¹¹⁴. A decisão do Tribunal Constitucional de número 642/1986, de 23 de julho, assinala que o direito à intimidade não se pode estender a ponto de constituir um obstáculo que impossibilite ou dificulte o dever constitucionalmente declarado no artigo 31 da norma fundamental de todo cidadão de contribuir para a sustentação dos gastos públicos através do sistema tributário, de acordo com sua capacidade econômica¹¹⁵. Em decisão mais recente, através da Sentença de número 76/1990, de 26 de abril, a jurisprudência do Tribunal Constitucional reafirma essas orientações, declarando que o dever de contribuir à sustentação dos gastos públicos vincula tanto os poderes públicos como os cidadãos, e para estes, trata-se de um dever constitucional que configura uma situação de sujeição e de colaboração com a Administração Tributária, cujo indiscutível e essencial interesse público justifica a imposição de limitações legais ao exercício dos direitos individuais¹¹⁶.

113 RUIZ GARCIA, J. R., Op. cit., p. 61.

114 Diz a sentença que: *“Todo derecho tiene sus limites, que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por si misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el limite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionales protegidos. [...] Este derecho (se refiere a la intimidad), al igual que los demás, tiene sus limites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo.”* - Ibid., p. 37-38.

115 *“El derecho a la intimidad constitucionalmente garantizado por el artículo 18 en relación con un área espacial o funcional de la persona precisamente a favor de la salvaguarda de su privacidad, que ha de quedar inmune a las agresiones exteriores de otras personas e de la Administración Pública, no puede extenderse de tal modo que constituya un instrumento que imposibilite o dificulte el deber constitucionalmente declarado en el artículo 31 de la Norma Fundamental de todo ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema tributario, de acuerdo con su capacidad económica”* - URQUIZU CAVALLÉ, Angel Secreto Bancario y Tributario en España. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.271.

116 *“Esta recepción constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada contribuyente configura un mandato que vincula tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos e incide en la naturaleza misma de la relación tributaria. Para los ciudadanos este deber constitucional implica, más allá del genérico sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que el art. 9.1 de la norma fundamental impone, una situación de sujeción y de colaboración con la Administración Tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales”* - PELÁEZ MARQUÉS, Mercedes. Secreto Bancario y Tributario en España. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.245.

A teor dessas decisões proferidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, é lícito afirmar que o direito à intimidade nunca pode ser alegado como oposição ao acesso das informações bancárias pelo fisco. É essa a conclusão a que chega Jaime GARCÍA AÑOVEROS, ao aduzir que: *“O Tribunal Constitucional não encontrou, até o momento, nem um tipo de dado ou informação econômica com transcendência tributária que limite a ação inquisitiva da administração tributária por razão de intimidade. Pode-se dizer, portanto, que em face da administração tributária, em se tratando do exercício da função de busca de dados com transcendência tributária, o direito à intimidade, pessoal ou familiar, não existe.”*¹¹⁷

A respeito da ênfase que se põe nos chamados deveres de colaboração, Enrique PIÑEL LÓPEZ comenta que o sistema bancário tem-se transformado em um instrumento fundamental de controle fiscal, sendo um dos aspectos mais importantes a obrigação de informar ao fisco as operações que os bancos realizam com seus clientes. A legislação tributária espanhola tem estabelecido uma série de obrigações de informar endereçadas às instituições bancárias, tanto de forma periódica quanto em virtude de requerimentos individualizados, dentre as quais as informações relativas à movimentação das contas bancárias e outras operações financeiras, que servem como elementos de investigação fiscal, em relação aos titulares das contas. Esses requerimentos devem ser efetuados com prévia autorização de um órgão de adequada hierarquia – diretor geral na administração central e delegado de fazenda, precisando as operações a que se refere o sujeito afetado e o período de tempo a que corresponde¹¹⁸.

Nesse sentido, não poderia ser outra a diretriz fornecida pela *Dirección General de Inspección Financiera y Tributario* que, em relatório datado 15 abr. 1985,

117 GARCÍA AÑOVEROS, Jaime. Una nueva ley general tributaria. Problemas constitucionales. Civitas: revista española de derecho financiero. Madrid. n.90. 1996. p.223.

118 PIÑEL LÓPEZ, E. Op. cit., p. 31-46.

proclama que o dever de discrição do banco e o correlativo direito do cliente são submetidos a uma série de limites que ocorrem diante um interesse legítimo digno de proteção pelo ordenamento jurídico em conhecer a situação econômica de uma determinada pessoa física ou jurídica. Tais exceções ao sigilo bancário produzem-se fundamentalmente diante dos tribunais e do fisco¹¹⁹.

No âmbito legislativo tributário, o artigo 111 da *Ley General Tributaria*, em redação dada em 1985, após estabelecer a obrigação de informar à administração sobre matérias com transcendência tributária, determina com toda clareza que o descumprimento das obrigações estabelecidas nesse artigo não poderá ser amparado no sigilo bancário¹²⁰. O dever de colaboração exigido pela *Ley General Tributaria* completa-se com outros preceitos legais, que vinculam especificamente as instituições de crédito e demais entidades assemelhadas, obrigando-as a fornecer toda uma gama de informações pertinentes à movimentação financeira de seus clientes¹²¹.

Ao comentar essa legislação e as sentenças publicadas pela jurisprudência, a jurista espanhola Mercedes PELÁEZ MARQUÉS reconhece que

[...] está claro que no mundo atual, a amplitude e complexidade das funções que o Estado assume fazem com que os gastos públicos sejam tão grandiosos que o dever de um aporte equitativo para sua sustentação torna-se especialmente urgente. [...] O Tribunal Constitucional deixa, pois, bem clara a legitimidade da administração para arrecadar e, se for o caso, inspecionar a situação financeira dos administrados. [...] A faculdade comprobatória da administração, que tem seus próprios limites, não é mais que uma

119 Id.

120 O parágrafo 1º dessa lei dispõe que: “*Toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con transcendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas*”. Pelo parágrafo 3º, “*El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario*” - CAVALLÉ, A. U., Op. cit., p. 268-269.

121 É o que prescreve a *Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros* Nº 14/1985, nos seguintes termos: “*Los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio estarán obligadas a requerimiento de la Administración Tributaria a facilitar los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y crédito y demás operaciones activas y pasivas de dichas instituciones con cualquier contribuyente. Dichos requerimientos, previa autorización del Director General o, en su caso, del Delegado de Hacienda competente, deberán precisar las operaciones objeto de investigación, los sujetos afectados por la comprobación e investigación tributarias y el alcance de la misma en cuanto al periodo de tiempo a que se refiera*” - Apud ibid. p. 270.

garantia do cumprimento do princípio da igualdade diante da lei proclamado pela Constituição: a iguais rendimentos ou titularidades patrimoniais igual imposição.¹²²

Toda a exposição acima evidencia a existência de um Estado Fiscal forte nesse país ibérico. Deve-se ter sempre em mente, todavia, que se trata de um país que se submete a um Estado Democrático de Direito que, nessa condição, estabelece limites à atuação do fisco, ao mesmo tempo em que preserva os direitos do cidadão contra possíveis abusos. Dessa forma, Angel URQUIZU CAVALLÉ ressalta que as pessoas da administração que se excedam em suas atribuições se encontram submetidas a um regime disciplinar; assim, a divulgação das informações protegidas pelo sigilo bancário constitui infração administrativa grave, além de configurar delito penal. Na hipótese de atuação arbitrária, que vulnere o direito à intimidade e privacidade do cidadão, sempre existe a possibilidade de acudir aos Tribunais de Justiça. O cidadão não se encontra indefeso diante das atuações das autoridades fiscais, restando abertas outras vias, inclusive penais, para que o administrado possa reclamar qualquer outro tipo de responsabilidade¹²³.

2.4.8. Sigilo bancário debatido na OCDE

O sigilo bancário vem merecendo particular atenção, numa perspectiva do direito tributário internacional, por parte da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), já há algumas décadas¹²⁴. Em setembro de 1977,

¹²² MARQUÉS, M. P., Op. cit., p. 245-247.

¹²³ CAVALLÉ, A. U., Op. cit., p. 274.

¹²⁴ Organização composta por 30 países comprometidos com o governo democrático e o mercado econômico, possuindo também ativas relações com 70 outros países, organizações não governamentais e a sociedade civil. Melhor conhecida por suas publicações e estatísticas, seu trabalho cobre temas como: economia, sociedade, comércio, educação, desenvolvimento, ciência e inovação. A OCDE auxilia os governos a garantir a responsabilidade em

adotando uma recomendação sobre a evasão e fraude fiscais, a organização elaborou estudos concluindo que em todos os países existiam disposições que permitiam às instituições de crédito recusar informações relativas aos negócios dos clientes, que poderiam dar cobertura a situações pouco transparentes, prejudicando tanto a administração tributária como os próprios contribuintes, pelo estímulo de uma efetiva discriminação com relação àqueles que não se beneficiavam desse instituto. Um grande número de países acolheu a tese de que as autoridades fiscais não deviam ser consideradas simples terceiros quanto ao segredo bancário, sobretudo se houver a possibilidade de facilitação ou promoção de fraudes fiscais¹²⁵. Na década de 80 do século XX, através do relatório “*Tributação e o Abuso do Sigilo Bancário*” (*Taxation and the Abuse of Bank Secrecy*), de 1985, a OCED sugeriu o relaxamento do sigilo bancário em face das autoridades fiscais¹²⁶. No relatório “*Competição Fiscal Nociva: uma questão global emergente*” (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*), produzido pela OCDE em 1998, que tinha por objetivo proporcionar um melhor entendimento das práticas fiscais nocivas e recomendar medidas para combatê-las, foi recomendado que os países membros revisassem suas leis, regulamentos e práticas que disciplinavam o acesso à informação bancária, no sentido de remover impedimentos ao acesso de tais dados pelas autoridades fiscais¹²⁷.

Em março de 2000, a OCDE, através do Comitê de Assuntos Fiscais, publicou o relatório “*Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais*” (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), contendo considerações

áreas econômica-chaves, decifrando temas emergentes e identificando políticas que funcionam. Produz instrumentos, decisões e recomendações, adotadas internacionalmente, para promover regras em áreas em que acordos multilaterais são necessários para que os países progridam na economia globalizada. É também crucial o compartilhamento de benefícios do crescimento, como ocorre em atividades como economias emergentes, desenvolvimento sustentado, economia territorial e a ajuda - OCED. **About OECD**. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01 jul. 2004.

125 AZEVEDO, Maria Eduarda. **O Segredo Bancário**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989, p. 55-56.

126 COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. **Improving Access...**, Op. cit., p. 10.

127 COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. Paris: OECD, 1998. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01 jul. 2004, p. 68.

sobre como melhorar a cooperação internacional com respeito ao intercâmbio de informações em posse de bancos e outras instituições financeiras para fins tributários. Os principais objetivos do relatório foram: a) descrever as atuais posições dos países membros acerca do acesso à informação bancária; b) sugerir medidas visando melhorar o acesso à informação bancária para fins tributários¹²⁸.

Embora reconheça a importância e legitimidade do sigilo bancário, como instrumento de proteção do sigilo dos negócios financeiros dos indivíduos e entidades legais, a OCDE preocupa-se com a possibilidade de os contribuintes esconderem atividades ilegais e escaparem da tributação opondo o sigilo bancário às autoridades governamentais, podendo causar consequências adversas, local e internacionalmente. Internamente, a negação do acesso às informações bancárias às autoridades fiscais pode impedir a capacidade deles de determinar e arrecadar o imposto correto, o que provoca desigualdade tributária entre os contribuintes. Alguns indivíduos, utilizando-se de recursos tecnológicos e financeiros para escapar da fiscalização, recorrem a instituições financeiras situadas em jurisdições que vedam o acesso da informação bancária pelas autoridades fiscais, o que acaba distorcendo a carga tributária, causando desilusão com respeito à justiça do sistema tributário. Essa situação faz com que os capitais móveis sejam privilegiados com relação aos rendimentos derivados do trabalho ou da propriedade imóvel. Além disso, a falta de acesso aos dados bancários incrementa os custos da administração tributária provocando, conseqüentemente, elevação das obrigações tributárias por parte dos contribuintes¹²⁹.

A globalização, movida pela revolução tecnológica da última década, particularmente na área de comércio eletrônico e bancário, desencadeou um crescimento explosivo nas transações internacionais, tornando as operações bancárias internacionais disponíveis para um largo espectro de contribuintes, não somente

128 COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. *Improving Access...*, Op. cit., p. 3.

129 Ibid., p. 9-10.

multinacionais e indivíduos milionários; cada vez mais contribuintes dispõem de fácil acesso a meios de escapar dos impostos, aproveitando-se das jurisdições que são menos restritivas com o sigilo bancário. O potencial para abusos criado pela falta de acesso às informações bancárias para fins tributários aumentou exponencialmente e, concomitantemente, foram removidas as tradicionais fontes de informação das transações bancárias, como os controles de câmbio.

Esse novo cenário mundial faz com que as autoridades fiscais estimem que as limitações ao acesso bancário para fins tributários causarão: a) comprometimento de sua capacidade de determinar e coletar o imposto devido pelos contribuintes; b) promoção de desigualdades entre os contribuintes que têm acesso aos recursos tecnológicos que facilitam o não respeito à legislação tributária, e aqueles que não têm; c) desigualdade de tratamento tributário entre o capital mobiliário e os rendimentos derivados do trabalho ou de propriedade imóvel; d) desestímulo ao cumprimento voluntário das obrigações tributárias; e) aumento dos custos da administração tributária e a conseqüente elevação das obrigações tributárias por parte dos contribuintes; f) distorção dos fluxos internacionais de capital; g) injusta competição fiscal; h) bloqueio da cooperação internacional entre as administrações tributárias¹³⁰.

Para enfrentar os novos desafios, a OCDE recomenda que, idealmente, todos os países membros deveriam permitir que as autoridades fiscais tivessem acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para qualquer finalidade fiscal de forma que elas possam cumprir sua missão de recuperação de receitas tributárias e de promoção de um efetivo intercâmbio de informações. Nesse sentido, o Comitê de Assuntos Fiscais apresenta as seguintes propostas: a) pôr em prática as medidas necessárias para prevenir as instituições fiscais de manter contas anônimas e requerer a identificação de seus clientes usuais ou ocasionais, assim como daquelas pessoas em cujo benefício as contas são abertas ou as transações são realizadas; b) reexaminar toda exigência impositiva de interesse fiscal nacional que impeça sua administração

¹³⁰ Ibid., p. 11.

fiscal de solicitar ou fornecer a outro país membro, no contexto de um pedido de informações específicas, informações que ela poderia obter no plano nacional para fins fiscais, de forma que essas informações possam ser transferidas modificando-se, se necessário, sua legislação, regulamentação ou práticas administrativas; c) reexaminar políticas e práticas que não permitem às autoridades fiscais ter acesso à informação bancária, direta ou indiretamente, visando a possibilitar a transferência delas em casos de operações de natureza fiscal que impliquem condutas criminais, de forma a modificar, se necessário, sua legislação, regulamento ou práticas administrativas. Com relação ao acesso indireto às informações bancárias, isso é, mediante processo judicial, deve-se cuidar para que os procedimentos não sejam tão complexos e demorados a ponto de atuarem como bloqueios ao acesso. Na implementação dessas medidas inclui-se a revisão da viabilidade administrativa e a capacidade de sistemas de informação¹³¹.

Nesse trabalho, a OCDE preocupou-se também em conhecer as atuais práticas dos países no que concerne ao segredo bancário, e para tal realizou levantamento junto aos países membros através de questionários. Transcreve-se a seguir o resultado dessa pesquisa, referente à possibilidade ou não do acesso aos dados bancários por autoridades fazendárias.

As autoridades tributárias podem obter as informações bancárias para fins fiscais sem qualquer limite nos seguintes países: Austrália, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova-Zelândia, Espanha e Turquia. Nos demais países o acesso é limitado, sendo que as condições variam bastante para cada país. Na Bélgica, o auditor fiscal deve demonstrar elementos concretos presumindo a existência ou a preparação de práticas fiscais fraudulentas. Na Grécia, o Controlador de Impostos tem o direito de pedir esses dados, desde que esteja verificando o dossiê de um contribuinte determinado e tenha a concordância do Inspetor de Finanças. Na Holanda, exige-se que a informação seja relevante para a cobrança do tributo, ou em caso de pedido de outro país signatário de tratado. Na

131 Ibid., p. 13-15.

Polônia, deve-se observar as condições estipuladas no código de obrigações fiscais, e desde que se trate de pessoa determinada. Nos EUA, devem ser observados os critérios de boa-fé estabelecidos no caso *Powell*: a) investigação de boa-fé; b) relevância da informação demandada para a investigação; c) observância de todos os procedimentos administrativos requeridos; d) a informação ordenada ainda não se encontra em poder da administração fiscal; esses critérios foram criados sob espírito liberal nos tribunais americanos, sendo que os bancos respondem regularmente às intimações do IRS sem necessidade de intervenção judicial. Na República Eslovaca, não há limite para o acesso à informação, mas a requisição deve ser por escrito. No Canadá, o acesso é feito sem limitações, desde que se trate de uma pessoa determinada, sendo que as informações específicas podem ser obtidas sob autoridade de um requerimento (*requirement*). Na Irlanda, exige-se que a autoridade tenha fundadas razões para acreditar que a instituição financeira provavelmente disponha de informações relevantes que digam respeito a imposto devido. Na Coreia, um requerimento escrito deve ser enviado à instituição financeira, indicando dados pessoais da pessoa afetada, o objetivo da utilização da informação, e a natureza dos dados pedidos. No Reino Unido, deve haver o consentimento de um delegado independente (*independent commissioner*), que se deve certificar de que os documentos são relevantes para a investigação. Na Islândia, no México e na Suécia, é possível o acesso sem limitações, desde que se trate de uma pessoa determinada. Finalmente, na Alemanha, na Hungria e no Japão, o acesso é possível desde que se trate de pessoa suspeita de fraude fiscal¹³².

Em alguns países, o acesso às informações bancárias somente é possível mediante intervenção judicial. Na Áustria, somente é possível se houver processo judicial ou se o contribuinte consentir. Em Portugal, elas somente podem ser obtidas se houver processo penal em curso ou se uma ordem é emanada por um tribunal a pedido da administração fiscal, ou ainda em caso de contas bancárias com benefícios fiscais (caso da poupança-aposentadoria). Na Suíça e em Luxemburgo, o acesso à informação

132 Ibid., p. 74-78.

bancária somente é possível através de autoridades judiciárias e em caso de pessoa suspeita de fraude fiscal¹³³.

Em síntese, com base no levantamento elaborado pela OCDE, consolidado a partir de questionários respondidos pelos próprios países membros dessa organização, o acesso às informações bancárias pela Administração Fazendária desses países pode assim ser resumido:

- a) permitem acesso ilimitado: Austrália, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova-Zelândia, Espanha, Turquia e República Eslovaca, nesse último desde que a requisição seja por escrito;
- b) permitem acesso ilimitado, desde que relativo à pessoa determinada: Canadá, Grécia, Islândia, México, Polônia, Suécia e Estados Unidos, nesse último desde que observados os critérios descritos acima;
- c) permitem acesso desde que a pessoa envolvida seja suspeita de fraude fiscal: Bélgica, Alemanha, Hungria, Irlanda, Japão, Coreia, Holanda e Reino Unido;
- d) permitem o acesso somente com autorização judicial: Áustria, Portugal, Suíça e Luxemburgo¹³⁴.

O relatório aponta ainda as tendências mundiais no que tange ao acesso à informação bancária. As análises fundaram-se nas recentes modificações na legislação dos países membros da OCDE nessa matéria. Assim, na Bélgica, foram alargadas as exceções ao acesso às informações bancárias, eliminando-se a exigência de cumplicidade entre o contribuinte e a instituição financeira; além disso, estendeu-se a possibilidade de acesso, antes restrita à existência de fraude fiscal, para situações de preparação de fraude. Na Finlândia, desde 1995, não se exige que as informações sejam necessárias para fins fiscais, bastando apenas o nome da pessoa ou número da

133 Id.

134 O citado relatório da OCDE data de março de 2000. Em dezembro de 2000, os portugueses publicaram a Lei nº 30-G (Lei da Reforma de Tributação do Rendimento), que prevê a possibilidade de acesso direto pelos agentes fazendários, sob certas condições, conforme explanado no capítulo 2.4.6., página 45. Assim, somente a legislação da Áustria, Suíça e Luxemburgo condicionam o acesso das informações bancárias à autorização judicial.

conta para requisitar as informações. A Polônia também expandiu largamente o acesso para fins fiscais e, na atualidade, virtualmente, não há restrições. Alguns países adotaram a estratégia de estabelecer obrigações acessórias, constringendo o banco ao envio de certas informações. Como exemplo, a partir de 1998, o Canadá passou a obrigar os bancos a reportarem todo registro de ativos de seus clientes no estrangeiro, incluindo contas bancárias. A França criou regra compelindo as instituições de crédito a informar a data e o valor das transferências de fundos, a pedido da administração fiscal. A Suécia instituiu o fornecimento automático de informações de interesse das autoridades fiscais, por parte dos bancos e outros agentes. Luxemburgo, caminhando no sentido inverso, formalizou a tradicional interdição de acesso à informação bancária; por outro lado, foram estendidas as condições de mútua assistência internacional em matéria judicial, sob certas circunstâncias.

3. O SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

3.1. INTRODUÇÃO

Pretende-se, nesse capítulo, expor o desenvolvimento do sigilo bancário no direito brasileiro, desde suas origens até o recente regramento trazido pela Lei Complementar nº 105/2001. Como opção metodológica, apresentar-se-ão os dispositivos legislativos pertinentes, em seqüência cronológica, ao lado da apreciação doutrinária e jurisprudencial dos principais pontos polêmicos. Como se advertiu anteriormente, o objeto do presente estudo circunscreve-se às intersecções que o sigilo bancário apresenta com as relações tributárias, premissa essa que se reflete na delimitação dos instrumentos legais a serem analisados. Ao fim da exposição, será possível verificar uma constante nessa evolução histórica: sua natureza polêmica; é curioso notar como cada criação legislativa, longe de pacificar as discórdias, como normalmente ocorre quando se positiva determinado instituto jurídico, parece alimentá-las; não menos surpreendente é o fato de que as discórdias parecem ter sido despertadas quando o legislador decidiu consagrar legalmente o dever de segredo dos dados bancários, pois, anteriormente, a doutrina e a jurisprudência sobre o tema eram, no dizer de Nelson HUNGRIA, “*paupérrimas*”¹³⁵.

O primeiro texto legal a disciplinar o sigilo bancário foi a Lei nº 4.595, de 31 dez. 1964. Até então, sua observância pelos bancos decorria de uma regra geral de sigilo mercantil prevista no Código Comercial, de 1850, que vedava o acesso de qualquer autoridade aos livros contábeis do comerciante, entre eles o banqueiro, e de

135 HUNGRIA, N., Op. cit., p. 274.

algumas condutas tipificadas como delituosas pelo Código Penal¹³⁶. Sérgio Carlos COVELLO comprova a eficácia dessa regra entre os bancos, lembrando que o Projeto de lei nº 410/1959 tentou aboli-la com relação aos bancos de capital público, fato esse que provocou acirrada polêmica, culminando com o arquivamento do projeto¹³⁷.

No âmbito tributário, conforme resgata Cid Heráclito de QUEIROZ, o sigilo bancário já era implicitamente reafirmado através de dispositivos legais que não tratavam propriamente de hipóteses de sua quebra, mas apenas visavam a possibilitar ao fisco o conhecimento de dados sigilosos, no interesse de identificação e punição de sonegadores de tributos, ou seja, de contribuintes que tivessem praticado ilícitos tipificados na legislação criminal; tanto assim que os referidos dispositivos reafirmavam a obrigação de os funcionários fiscais conservarem o sigilo de dados bancários, estabelecendo severas punições para os infratores¹³⁸. O autor cita, nesse sentido, o Decreto Lei nº 5844, de 23 set. 1943, e a Lei nº 3470, de 28 nov. 1958; a primeira dispõe sobre a cobrança e fiscalização do Imposto de Renda, que conferia poder ao fisco de requisitar informações ou esclarecimentos a todas as pessoas, físicas e jurídicas, sob pena de multa, sendo atribuído aos funcionários fazendários o dever de guardar rigoroso sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes¹³⁹; a segunda, em

136 Carlos Alberto HAGSTROM cita as seguintes condutas: violação de segredo de fábrica ou de negócio (art. 196, XII), violação de sigilo funcional (art. 325), divulgação de segredo (art. 153), violação do segredo profissional (art. 154) - HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo. v.29. n.79. p.34-62. jul./set. 1990.

137 COVELLO, S. C., Op. cit. p.76.

138 QUEIROZ, Cid Heráclito de. O sigilo bancário. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. v.91. n.329 jan./mar. 1995, p. 51-52.

139 Os artigos 123 e 201 contêm o seguinte teor: “Art. 123. *Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos mareados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelas repartições do Imposto de Renda.* § 1º *Se a informação não for prestada, a autoridade fiscal competente cientificará desde logo o infrator de multa que lhe foi imposta, fixando novo prazo para o cumprimento da exigência.* 2º *Se a exigência for novamente desatendida, o infrator ficará sujeito à Penalidade máxima, além, de outras medidas legais.* § 3º *Na hipótese prevista no parágrafo anterior, a autoridade fiscal competente, designará funcionários para colher a informação de que, carecer.* Art. 201. *Todas as pessoas que tomarem parte, nos serviços do Imposto de Renda são obrigadas a guardar rigoroso sigilo sobre a situação de riqueza dos contribuintes.* § 1º *A obrigação de guardar reserva sobre a situação de riqueza dos contribuintes se estende a todos os funcionários do Ministério da Fazenda e demais servidores públicos que, por dever de ofício, vierem a ter conhecimento dessa situação.* § 2º *É expressamente proibido revelar ou utilizar, para qualquer fim, o conhecimento que os Servidores adquirirem quanto aos segredos dos negócios ou da profissão dos contribuintes.* § 3º *Nenhuma Poderá Ser dada sobre a situação fiscal dos contribuintes, sem que fique registrado, em processo regular, que se trata de requisição feita por magistrado no interesse da justiça.*” - Apud id.

seu artigo 54, reafirma a regra do sigilo fiscal, admitindo nova exceção destinada às requisições da Prefeitura do Distrito Federal e Secretarias de Fazenda dos Estados, no interesse da administração pública e limitados a dados de receita e despesa das firmas e sociedades, e de propriedades imobiliárias¹⁴⁰.

3.2. LEI N° 4.595/64, ARTIGO 1° E ARTIGO 38, §5°

Essa lei, publicada em 31 dez. 1964, que disciplinou de forma ampla o sistema bancário do Brasil, dispondo sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, introduziu o sigilo bancário de forma expressa, específica e relativa. Pela primeira vez, um instrumento legal previa o dever de sigilo, atribuído especificamente às instituições financeiras, cuja violação constituía crime. O caráter relativo se revela com a previsão de exceções a esse dever, uma delas em favor das autoridades fiscais. Transcreve-se a seguir o artigo 38:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1° As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2° O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3° As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei n° 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições

140 QUEIROZ, C. H. de, Op. cit. p. 52.

financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. (Artigo revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001) (Vide Lei nº 6.385, de 1976).

Apesar da aparente clareza do texto, algumas divergências surgiram. A concessão prevista para os agentes fiscais é condicionada à existência de processo instaurado e ao caráter de indispensabilidade das informações. Grande parte da doutrina e da jurisprudência interpretou a expressão “processo” restritivamente à seara judicial, o que excluiria a possibilidade de acesso aos dados com base em processos administrativos. Roberto Quiroga MOSQUERA entende que, caso vingasse a interpretação restritiva, os §§ 5º e 6º seriam inócuos e redundantes, pois se o fisco só pudesse quebrar o sigilo do contribuinte através do Poder Judiciário, para o qual não há sigilo, não haveria razão para a existência daqueles parágrafos¹⁴¹.

Outros autores acompanham esse entendimento. Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO recorda que, em vários casos, o legislador se reportou ao “processo administrativo” usando somente a palavra “processo”, como é o caso dos artigos 201 e

141 MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 86.

210 do Código Tributário Nacional (CTN), ou do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, que dispõe que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”¹⁴². Mary Elbe Gomes Queiroz MAIA também busca exemplos na Magna Carta, citando o artigo 5º, LV, que reconhece o caráter e a condição processual também na área administrativa, pois assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer no âmbito do processo judicial quer no âmbito do processo administrativo¹⁴³. Jackson MITSUI assinala que esse entendimento era compartilhado por todas as esferas, inclusive pelo Banco Central, conforme comunicado emitido por essa instituição, endereçado às instituições financeiras, em que consta expressamente o termo “processo fiscal instaurado”, como condição para apresentação dos documentos bancários aos órgãos fiscais¹⁴⁴.

Entre os adeptos da interpretação restritiva, Adriano Salles VANNI e Helios NOGUES MOYANO rejeitam o procedimento administrativo como forma de processo instaurado, pois processo e jurisdição são conceitos correlatos, sendo que a palavra processo traduz a própria jurisdição em exercício¹⁴⁵.

A interpretação favorável ao fisco foi rejeitada pelas instituições financeiras, que sustentaram a tese oposta, que viabilizava a oponibilidade do acesso às informações bancárias pelos agentes fiscais, através da conjugação do dispositivo ora analisado com princípios processuais; assim, o processo só se instaura com precisa definição de seu objeto e mediante intimação regular do sujeito passivo¹⁴⁶. A

142 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário e constitucional**. São Paulo. n.5. p.98-95. mar. 1995.

143 MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A inexistência de sigilo bancário frente ao poder-dever de investigação das autoridades fiscais. **Tributação em Revista**. Brasília. v.7. n.29. p.24-31. jul./set. 1999.

144 MITSUI, Jackson. O sigilo bancário frente à administração tributária. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coord.). **Processo Tributário Administrativo e Judicial**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 180-181.

145 VANNI, Adriano Salles; NOGUES MOYANO, Helios. Sigilo bancário (por quem e quando pode ser violado). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v.5. n.19. jul./set. 1997, p.52.

146 HAGSTRON, C. A. O sigilo bancário..., Op. cit., p. 49.

interpretação do artigo 38 da Lei nº 4595/64, pelo Banco Central, é resumida por Carlos Alberto HAGSTROM, nos seguintes princípios: a) a norma determina, como regra, a manutenção do segredo; estabelece, no entanto, exceções e tipifica uma conduta criminosa; deve, pois, por tudo isso, ser interpretada de modo estrito; b) tais normas não podem ser interpretadas isoladamente, devendo ser tomadas em seu conjunto; c) o rigor da punição estabelecida para o crime - quebra do sigilo - e a explicitação das exceções não permitem interpretações “*liberalizantes*”¹⁴⁷.

Acompanhando o princípio da interpretação restritiva das hipóteses de quebra do dever de sigilo, conclui-se ainda que as autoridades fiscais da esfera municipal não foram contempladas com essa exceção, que alcança somente os agentes federais e estaduais. Há autores, entretanto, que não concordam com essa diferença de tratamento; para Kiyoshi HARADA, o poder de exame dos dados bancários é dado aos agentes das três Fazendas Públicas, e não apenas aos dos Estados e da União, em virtude do princípio da paridade jurídica das entidades políticas componentes da federação brasileira¹⁴⁸.

A tese da possibilidade de acesso direto aos documentos bancários pelo fisco, mediante simples processo administrativo, dispensada a autorização judicial, veio a ganhar reforço com o Código Tributário Nacional (CTN), cuja publicação ocorreu dois anos após a da Lei nº 4.595/64.

3.3. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A Lei 5.172, de 25 out. 1966, passou a denominar-se Código Tributário

¹⁴⁷ Ibid. p. 41.

¹⁴⁸ HARADA, Kiyoshi. Poder de fiscalizar impostos e o sigilo bancario. *Boletim de Doutrina ADCOAS*. Rio de Janeiro. v.1. n.9. set. 1998, p.329.

Nacional através do Ato Complementar nº 36, de 03 jun. 1967. Conforme leciona Paulo de Barros CARVALHO, a referida lei foi aprovada como lei ordinária federal, já que naquela época a lei complementar não apresentava o seu atual caráter ontológico formal, isso é, matéria especialmente prevista na Constituição e a exigência de maioria absoluta para aprovação; entretanto, essa lei adquiriu eficácia de lei complementar, quanto aos dispositivos que disciplinam matérias reservadas a essa modalidade de lei, e é, até hoje, após a Constituição Federal, o principal instrumento legislativo do direito tributário brasileiro¹⁴⁹. As disposições que tangenciam o sigilo bancário encontram-se nos artigos 195 e 197, abaixo transcritos:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

149 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59-60.

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Para autores como Kleber Augusto TAGLIAFERRO, a polêmica em torno da possibilidade ou não da quebra do sigilo pela administração fazendária restou definitivamente superada com a entrada em vigor do CTN, já que os artigos 195 e 197 asseguravam requisitar-lhe documentos dos contribuintes fiscalizados, desde que atendidas as condições impostas pela lei n° 4595/64¹⁵⁰.

Essa questão, entretanto, não parece ser tão simples assim. O parágrafo único do artigo 197 prevê exceção à regra do dever de prestação de informações, nos casos em que o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Para os adeptos da teoria do sigilo profissional, os banqueiros encontram-se legalmente obrigados a guardar segredo por razões profissionais, o que torna inconciliáveis as disposições contidas no artigo 197, II com seu parágrafo único¹⁵¹. Na direção oposta, Aliomar BALEEIRO argumenta que *“não se conceberia que o advogado e o padre, p. ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função dessa atividade, contra delações a que os obrigarem, e até os punem se as fizerem (Cód. Penal, art. 154). Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas do sigilo. Em princípio só devem*

150 TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a lei complementar do sigilo bancário: tensão entre princípios. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.66. p.67-75. mar. 2001.

151 É essa a conclusão de Cid Heráclito de Queiroz - QUEIROZ, C. H. de, Op. cit., p. 52 e de Carlos Alberto Hagstron - HAGSTRON, C. A. O sigilo bancário..., Op. cit., p. 50.

aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis.”¹⁵²

Conforme exposto em capítulos anteriores, nos itens números 2.2.5 - Teoria do Segredo Profissional, na página 17, e 2.4.2 - Sigilo Bancário na França, na página 32, a concepção do sigilo profissional foi fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial francesa que, apesar de contar com adeptos brasileiros, não pode ser considerada como fundamento do sigilo bancário no ordenamento jurídico pátrio, o que faz prevalecer o entendimento do tributarista supracitado. Entretanto, a polêmica continua, pois, para aqueles que entendem que a Lei n° 4595/64 autorizava o levantamento dos dados bancários pelos agentes fiscais somente mediante processo judicial instaurado, há um conflito evidente entre essa interpretação e o espírito introduzido pelo CTN, favorável ao fisco nessa questão¹⁵³.

Esse conflito de normas foi afastado, na jurisprudência, de modo manso e pacífico, mediante esforço hermenêutico em que se buscou a conciliação dos dispositivos aparentemente contraditórios; pela aplicação do princípio segundo o qual havendo várias interpretações possíveis da lei prevalece a compatível com a Constituição, os tribunais concluíram que as informações só serão fornecidas ocorrendo as hipóteses previstas no artigo 38 da Lei n° 4595/64¹⁵⁴. Tornou-se, assim, pacífico o entendimento no sentido da impossibilidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal e francamente majoritário no sentido de que também o Ministério Público estava impedido de fazê-lo sem autorização judicial; em suma, o levantamento do sigilo cabia somente ao Poder Judiciário e às Comissões

152 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 993.

153 Na doutrina, houve quem discordasse da tese da incompatibilidade entre essas duas leis, reconhecendo que a expressão “processo instaurado” referia-se tanto ao judicial como ao administrativo; para Rogério LIMA as duas leis se harmonizam entre si, porém não com o princípio constitucional do devido processo legal que garante o contraditório, o que exige que a quebra do sigilo somente se faça por autorização judicial - LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, v.8, n.34, set./out. 2000, p. 153.

154 WALD, Arnoldo. Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v.33, n.94, 1994, p.98-99

Parlamentares de Inquérito¹⁵⁵.

Essas decisões demonstram que, para os juízes, a expressão “processo instaurado”, contida no artigo 38, §5º da Lei nº 4.595/64, refere-se a processo judicial instaurado e não pode ser interpretado como processo administrativo-fiscal. A afirmação dessa jurisprudência levou a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) a enviar aos seus bancos filiados a carta-circular nº BG40345, em 25 maio 1994, na qual, após fazer menção às providências tomadas junto às autoridades no plano federal e estadual, recomendou aos bancos associados só entregarem tais informações se houver autorização judicial, dando cobertura nos termos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)^{156 157}.

As datas dessas decisões, relativamente recentes, confirmam a observação feita por Mary Elbe Gomes Queiroz MAIA, de que, até 1988, era possível o acesso do fisco às movimentações financeiras dos contribuintes, situação essa que se inverteu com as decisões mais recentes, proferidas à luz da atual Constituição Federal, que glorifica ao extremo os direitos fundamentais¹⁵⁸. Em outra publicação, a autora lamenta essa limitação imposta pelo Poder Judiciário, visto que o exame dos extratos bancários mostra-se bastante útil e revelador, subsidiando o levantamento e a descoberta de omissões e sonegações de contribuintes, que agem com o único objetivo de subtrair valores ao crivo da tributação; essa postura adotada pelos tribunais acaba incentivando a prática de crimes tributários, o que gera uma imensa injustiça tributária e uma

155 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v.9. n.36. out./dez. 2001, p.122.

156 DIAS, José Carlos. Sigilo bancário - quebra - requisições da Receita Federal e do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v.3. n.11. jul./set. 1995, p. 242.

157 A sistemática recusa por parte dos bancos em fornecer os dados aos agentes fiscais é comprovada pelo Auditor Fiscal da Receita Federal Luiz Marcellos BRITO, em artigo publicado em 1995, lamentando o fato de que “todas as vezes que a Secretaria da Receita Federal buscou informações nesses níveis, teve seu pleito desatendido sob o argumento da violação do sigilo bancário” - BRITO, Luiz Marcellos Costa de. Sigilo bancário: aspectos fiscais e jurídicos. *Tributação em Revista*. Brasília. v.4. n.12. abr./jun. 1995, p. 62.

158 MAIA, M. E. G. Q. A inexistência de..., Op. cit., p.25-26.

violação da igualdade tributária entre os contribuintes que, compulsoriamente têm seu imposto de renda descontado na fonte, e aqueles que podem optar por somente pagar imposto sobre as bases que entenderem como devidos, já que a esses últimos é vedado o acesso e conhecimento da ocorrência do “fato gerador” através do exame dos documentos bancários. O entendimento correto deveria levar em conta a integração sistemática e teleológica, no sentido de buscar-se separar o indivíduo do seu patrimônio, para que o conhecimento deste pelo fisco não se confunda com violação de direito individual, pois a ordem jurídica não pode abrigar o enriquecimento ilícito ou sem causa que o justifique.¹⁵⁹

Lamentando igualmente a posição assumida pelo STJ, Nélson ABRÃO assevera que

Conquanto a posição revelada tenha fomento legal, entendemos que na priorização da função pública desenhada por intermédio do Fisco seria baldar seus esforços fechar a porta na conduta daquele contribuinte que simplesmente sonega informes relevantes, ademais a demora da medida no âmbito do Poder Judiciário daria amplo campo à margem de manobra. Assim, é de se temperar a regra fechada com a excepcionalidade do caso concreto, quer por meio de convênios formados entre o Poder Público e o Banco Central, quer através da demonstração inequívoca de que o prejuízo ensejaria óbice intransponível ao lançamento tributário.(sic)¹⁶⁰

3.4. LEI N° 8.021/90, ARTIGO 8°

Essa lei, de 12 abr. 1990, deriva da Medida Provisória n° 165, de 15 mar. 1990, dispondo sobre a identificação dos contribuintes para fins tributários. O objetivo do legislador era afastar a jurisprudência firmada pelo STJ de que as expressões

¹⁵⁹ MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **Do Lançamento Tributário: execução e controle**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 143.

¹⁶⁰ ABRÃO, N., Op. cit., p. 68-69.

processo e autoridade, constantes do artigo 38, §5º da Lei nº 4.595/64, referiam-se ao judicial e não administrativo-fiscal, posto que o sigilo bancário encontraria fundamento no artigo 5º, X da Constituição Federal, só podendo ser levantado mediante decisão judicial¹⁶¹. Conforme visto no item anterior, essa exegese tornava inócuo o disposto nos artigos 195 e 197 do CTN. A seguir é transcrito o teor do artigo 8º da lei ora analisada:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

A publicação dessa lei introduziu novo questionamento, dessa vez de ordem formal. Ao derrogar o artigo 38 da Lei nº 4595/64, substituindo as exigências de existência de processo instaurado e indispensabilidade das informações bancárias pelo início do procedimento fiscal, conferindo, dessa forma, competência para a autoridade fiscal buscar os dados financeiros diretamente nos bancos, o legislador incorreu em vício formal. Arnoldo WALD aduz que não pode a primeira regra derrogar a segunda, pois é lei ordinária, de hierarquia inferior à lei complementar¹⁶².

A respeito do *status* de lei complementar atribuído à Lei nº 4595/64, diz-se que a Constituição de 1988, em seu artigo 192, prevê um reordenamento do sistema financeiro, a ser concluído através de lei complementar; nesses termos, a aludida lei

161 TAGLIAFERRO, K. A., Op. cit., p. 68.

162 WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo. v.6. n.22. jan./mar. 1998, p. 27-28.

foi recepcionada com força de lei complementar, até que outra seja promulgada¹⁶³. Nessa hipótese, questiona-se a constitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 8.021/90, eis que qualquer alteração da lei bancária deveria ocorrer por lei de igual hierarquia. Carlos Henrique ABRÃO, autor que também dedica-se ao estudo do direito bancário, pensa de forma similar, afirmando que *“não se pode perder de vista que a legislação bancária tem conotação de natureza complementar e nesse diapasão desmerece ataques direto ou indireto por norma inferior.”*¹⁶⁴

Além do inadequado veículo normativo, Kleber Augusto TAGLIAFERRO aponta um segundo questionamento, situado no parágrafo único do artigo 8º, que previa a expedição e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, as quais não sobrevieram, dando ensejo, assim, a nova dúvida quanto à eficácia e aplicabilidade da norma legal¹⁶⁵.

3.5. LEI COMPLEMENTAR Nº 70/1991, ARTIGO 12

Essa lei, de 30 dez. 1991, além de instituir a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), trouxe, em seu artigo 12, novas disposições complementando o dever de informação das instituições financeiras em face da Administração Tributária, nos seguintes termos:

Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e

¹⁶³ HAGSTRON, C. A. O sigilo bancário..., Op. cit., p. 52-53.

¹⁶⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. Os sigilos bancários e fiscal na cobrança da dívida ativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.30. mar. 1998, p. 14-15.

¹⁶⁵ TAGLIAFERRO, K. A., Op. cit., p. 68.

seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).

§ 1º As informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7º do art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 2º As informações de que trata o caput deste artigo serão prestadas a partir das relações de usuários constantes dos registros relativos ao ano-calendário de 1992.

§ 3º A não-observância do disposto neste artigo sujeitará o infrator, independentemente de outras penalidades administrativas à multa equivalente a trinta e cinco unidades de valor referidas no art. 5º desta lei complementar, por usuário omitido.

A lei trata em específico dos dados cadastrais dos clientes dos estabelecimentos financeiros e instituições assemelhadas, não envolvendo demais informações como extratos de contas correntes, depósitos, poupanças, aplicações financeiras, compra e venda de títulos, compra efetuadas com cartão de crédito *etc.* A discussão que essa lei suscitou na doutrina girou em torno da questão de o conteúdo do sigilo bancário abranger ou não os dados cadastrais.

Na visão de Arnaldo WALD, um dos defensores da tese do direito à intimidade como fundamento do sigilo bancário, a resposta é afirmativa, eis que “o sigilo bancário assegurado pelos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal inclui toda a relação entre o banqueiro e o cliente, abrangendo, pois, os dados cadastrais e a informação sobre a abertura ou a existência de conta”¹⁶⁶; conseqüentemente, o artigo 12 padece de vício de inconstitucionalidade por violar os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, os quais resguardam a intimidade e o sigilo de dados respectivamente¹⁶⁷. A lei complementar nº 70/91 não é auto-

¹⁶⁶ WALD, A. O sigilo bancário no projeto..., Op. cit., p.34.

¹⁶⁷ WALD, A. Da evolução..., Op. cit., p.100.

executável, pois se limitou a determinar que as pessoas jurídicas por ela referidas fornecessem informações, sem esclarecer quando ou como, ou em que casos específicos são exigíveis; há necessidade, portanto, de regulamentação da matéria, o que veio a ocorrer com a Portaria Ministerial nº 144, de 25 mar. 1992. Ao analisar essa portaria, o autor aponta os seguintes vícios: a) é inconstitucional por regulamentar lei inconstitucional (artigo 12 da Lei Complementar nº 70/91); b) é inconstitucional, pois importa regulamentação de lei complementar, o que só poderia ser feito por lei ou, no máximo, por decreto do Poder Executivo (artigo 84, IV da Constituição Federal); c) é ilegal por criar deveres para terceiros não funcionários, quando a portaria não tem essa função, limitando-se a dar instruções aos funcionários ou a designá-los para ocupar determinadas funções ou cargos; d) é ilegal por violar a lei dentro dos limites em que não estabeleceu, como devia fazê-lo, as condições excepcionais que justificariam a requisição e o fornecimento das informações às quais alude a lei e que a mesma deixou para serem regulamentadas pelo Ministro do Estado, embora coubesse à própria lei fazê-lo sob pena de inconstitucionalidade¹⁶⁸.

Outros autores defendem a tese oposta. Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO entende que as informações cadastrais são meros dados pessoais que identificam o sujeito em suas relações sociais e comerciais, não sendo, portanto, acobertadas pelo sigilo bancário¹⁶⁹. Manoel José Ferreira NUNES afirma que os dados cadastrais não integram o sigilo bancário, porque não constituem atividades fins das instituições financeiras¹⁷⁰. Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR elucida que os dados cadastrais constituem uma condição para a identificação do indivíduo para efeito dos intercâmbios sociais, que ocorrem inclusive na vida privada; destacados desses intercâmbios, esses dados deixam de ser protegidos pela privacidade; afirma ainda o

¹⁶⁸ Ibid., p. 102.

¹⁶⁹ SARAIVA FILHO, O. O. de P. Sigilo bancário – relatividade..., Op. cit., p.95.

¹⁷⁰ NUNES, Manoel José Ferreira. Do sigilo bancário. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. v.3. n.5. jan./jun. 1995, p.197.

professor que o aludido artigo 12 se refere à fiscalização continuada, no exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais, em que se visa, através do cruzamento dos dados cadastrais, a buscar pistas que conduzam a eventuais fraudes; ou seja, não se pretende atingir o uso do serviço bancário nem as relações de convivência próprias da vida privada, mas a identidade tributária do usuário – Cadastro da Pessoa Física (CPF), Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e respectivo portador -; é esse dado e somente esse dado que, não estando protegido pela privacidade, pode ser exigido nos termos do mencionado artigo 12, sem a necessidade de processo instaurado¹⁷¹.

3.6. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E DECRETO Nº 3.724/2001

Essa recente lei tem origem nos Projetos de Lei Complementar nº 219 e nº 007, de autoria, respectivamente, dos senadores Lúcio ALCÂNTARA e José Eduardo DUTRA, os quais propunham ampla revisão da disciplina do sigilo bancário, tendo em vista a defasagem do artigo 38 da Lei nº 4595/64. Posteriormente, pelo Projeto de Lei Complementar nº 53 de 1997, de autoria do senador Antônio Carlos MAGALHÃES, propunha-se nova redação para o artigo 38 da Lei nº 4594/64 e para o artigo 18 da Lei nº 7492/86. Em 03 fev. 1998, o projeto foi aprovado no Senado Federal, apresentando-se, basicamente, com os contornos da lei atual e foi remetido à Câmara, onde tomou o nº 220/98. Após amplos debates, especialmente sobre a questão da quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, por parte das autoridades fazendárias e do Ministério Público, o projeto foi aprovado na Câmara em 13 dez. 2000, tendo sido publicada em 10 jan. 2001¹⁷².

171 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo. n.1. 1992, p.150-151.

172 BALTAZAR JUNIOR, J. P., Op. cit. p. 110.

Transcreve-se a seguir os dispositivos pertinentes ao tema estudado: o artigo 1º, que estabelece o dever de sigilo para as instituições financeiras, os artigos 5º e 6º, que autorizam o acesso às informações financeiras diretamente pela Administração Fazendária, os artigos 10 e 11, que dispõem sobre as penalidades cominadas àqueles que violem o sigilo bancário, e o artigo 13, que revoga expressamente o artigo 38 da Lei 4595/64.

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

I - os bancos de qualquer espécie;

II - distribuidoras de valores mobiliários;

III - corretoras de câmbio e de valores mobiliários;

IV - sociedades de crédito, financiamento e investimentos;

V - sociedades de crédito imobiliário;

VI - administradoras de cartões de crédito;

VII - sociedades de arrendamento mercantil;

VIII - administradoras de mercado de balcão organizado;

IX - cooperativas de crédito;

X - associações de poupança e empréstimo;

XI - bolsas de valores e de mercadorias e futuros;

XII - entidades de liquidação e compensação;

XIII - outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I - depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II - pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III - emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV - resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V - contratos de mútuo;

VI - descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII - aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII - aplicações em fundos de investimentos;

IX - aquisições de moeda estrangeira;

X - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI - transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII - operações com ouro, ativo financeiro;

XIII - operações com cartão de crédito;

XIV - operações de arrendamento mercantil; e

XV - quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

O *caput* do artigo 1º introduz a regra geral do sigilo bancário, endereçada às instituições financeiras, com a mesma redação do revogado artigo 38 da Lei nº 4595/64. O § 3º, por outro lado, disciplina de modo mais abrangente as hipóteses legais de exceção ao sigilo, acrescentando àquelas previstas na lei anterior, diversas outras, enumeradas nos incisos I a VI. Essas exceções não devem ser entendidas como taxativas, conforme sustenta Carlos Alberto HAGSTROM, pois subsistem os casos de afastamento do sigilo, que a doutrina denomina “limites naturais” do instituto, ou seja, hipóteses decorrentes da vontade do titular do segredo ou da natureza das operações bancárias ou, ainda, das regras do Direito Civil. Incluem-se nessas situações o consentimento do cliente; a prestação de informações a procuradores, representantes do cliente, a herdeiros ou sucessores, a pessoas autorizadas pelo titular do segredo, a terceiros prestadores de garantia ao cliente devedor do banco e aos titulares de contas

conjugadas; a revelação de informações no interesse do banco; a prestação de informações sobre emitentes de cheques sem fundos¹⁷³. Cuidou também o legislador de enumerar amplamente as diversas formas de pessoa jurídica que se enquadram na denominação instituição financeira, prevendo inclusive um inciso genérico que pode abranger outras figuras, a critério do Conselho Monetário Nacional.

Os artigos 5º e 6º disciplinam a polêmica autorização, concedida às autoridades fiscais, do acesso aos dados financeiros, sem necessidade de intervenção judicial. Esses dados serão de conhecimento do fisco mediante remessa de informações periódicas à administração tributária federal (artigo 5º) e através de requisição das autoridades fiscais em nível federal, estadual e municipal (artigo 6º). Essa dupla via de veiculação de informações é posta à disposição do fisco, de forma semelhante à existente na estrutura administrativa fiscal francesa que, conforme visto anteriormente, utiliza-se de instrumentos de combate à sonegação fiscal, entre eles a obrigação de comunicação espontânea ao fisco (*obligation de communication spontanée*) e o direito de informação do fisco (*droit de communication*); pelo primeiro, as instituições de crédito se obrigam a declarar à administração de impostos uma série de dados relativos às operações financeiras; o segundo concede aos agentes fiscais a faculdade de exigir das instituições financeiras a produção de documentos, em que se busca omissões e fraudes fiscais.

Os informes periódicos, que as instituições financeiras deverão remeter à Secretaria da Receita Federal, restringem-se à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem dos recursos financeiros e a natureza dos gastos realizados. Verifica-se que, por essa disposição legal, nenhum dado que envolva o direito à privacidade ou à intimidade das pessoas é repassado ao fisco, tendo em vista que os informes limitam-se à identificação de pessoas e aos

173 HAGSTROM, Carlos Alberto. A nova lei do sigilo bancário e o fornecimento de informações cadastrais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo. v.4. n.12. abr./jun. 2001, p. 74.

montantes mensais de suas operações bancárias¹⁷⁴. Esses registros viabilizam, para a Administração Tributária Federal, a verificação do correto cumprimento de obrigações tributárias dos contribuintes, mediante confronto com os rendimentos que eles declararam à Receita Federal, fazendo parte daquilo que Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR denomina “*fiscalização continuada*” dentro do exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais¹⁷⁵.

Já os dados mencionados no artigo 6º são aplicáveis no curso de uma ação fiscal em andamento, referente a um determinado contribuinte já identificado. Esse dispositivo corresponde ao antigo § 5º do artigo 38 da Lei nº 4595, o qual suscitou, como já foi analisado, embates doutrinários e jurisprudenciais acerca da expressão “processo instaurado”. Na nova lei, o legislador estabeleceu de forma clara que o fornecimento das informações se condiciona, primeiramente, à “existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso”, o que inviabiliza qualquer interpretação tendente a se exigir autorização judicial. O caráter de indispensabilidade dos exames pela autoridade administrativa, como segundo requisito, já existia na lei anterior. Outra diferença entre as duas leis é a atribuição expressa aos agentes fiscais municipais da faculdade de proceder ao exame de tais documentos bancários, competência essa restrita às esferas federal e estadual na sistemática anterior.

O artigo 6º foi disciplinado pelo Decreto nº 3.724/2001, de 10 jan. 2001, que traz em seu artigo 3º as circunstâncias consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários, nos seguintes termos:

Art. 3º Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou

174 LEAL, Aylton Dutra. **Sigilo Bancário e a Administração Tributária Federal**. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em 27 mar. 2003, p. 4.

175 FERRAZ JUNIOR, T. S. Sigilo de dados..., Op. cit., p.150-151.

alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei no 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei no 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso.

§ 2º Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inciso XI deste artigo, quando:

I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração

de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

II - a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha:

- a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou
- b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.

A lei complementar nº 105/2001 tem sido alvo de acirradas críticas por diversos autores que questionam sua constitucionalidade. Ives Gandra da Silva MARTINS defende a idéia de que o sigilo bancário é protegido por cláusula pétrea, por constituir uma espécie do sigilo de dados e expressão do direito à intimidade e privacidade das pessoas, garantias essas incluídas no artigo 5º da Constituição Federal, não sujeitas a limitações nem mesmo por emenda constitucional. Além da impossibilidade de limitação pelo Poder Legislativo, o jurista acrescenta que nem mesmo o Poder Judiciário detém legitimidade para determinar a quebra do sigilo de dados, visto que a referência à autorização judicial do artigo 5º, X e XII diz respeito à comunicação telefônica e não ao sigilo de dados¹⁷⁶.

Miguel REALE, defendendo a tese da reserva de jurisdição a esse instituto, salienta que a lei em exame padece de inconstitucionalidade “*ao substituir a imparcialidade do Poder Judiciário pelo interesse do agente fiscal da Receita, na sua pessoal visão de cobrador de tributos, no rompimento do sigilo bancário*”¹⁷⁷.

Para José Geraldo da Costa LEITÃO, a recente lei afronta o princípio constitucional da legalidade dos atos administrativos, previsto no artigo 37 da lei maior, pelo qual somente pode o legislador autorizar atos discricionários quando não

176 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades da lei complementar 105/2001. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo. v.4. n.11. 2001. p.32-33.

177 REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade do Dec. 4.489, de 28.11.2002 por macular o processo legislativo plasmado na lei suprema e infringir direitos fundamentais do cidadão. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo. v.11. n.48. jan./fev. 2003, p.234.

puderem, com a mesma eficiência para os fins da administração, ser praticados como atos vinculados; entende o autor que os atos praticados pelos agentes fiscais, entre o momento em que recebem as informações sobre a movimentação financeira e o momento em que decidem quais pessoas serão fiscalizadas, não são atos discricionários constitucionalmente admissíveis, sendo, na verdade, atos secretos, inclassificáveis, seja como vinculados, seja como discricionários¹⁷⁸.

Edmar Oliveira ANDRADE FILHO atenta para a possibilidade de a quebra do sigilo bancário representar uma ruptura ou amesquinamento da força normativa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV da Carta Maior, tendo em conta que esse poder conferido às autoridades fiscais é um instrumento que serve para aparelhar um auto de infração por omissão de receitas, muitas vezes baseados em meras presunções relativas, sem investigação mais aprofundada e sem elementos de prova, ou seja, sem observância do mencionado princípio constitucional¹⁷⁹.

Esses argumentos, que refletem a defesa de interesses individuais, são todos rejeitados por aqueles que, no extremo oposto, ponderam favoravelmente aos interesses sociais. Quanto ao sigilo de dados, Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR releva que o objeto de proteção não são os dados em si, mas a sua comunicação; é a troca de informações, a comunicação, que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. A proibição da interceptação da mensagem não implica a vedação ao posterior acesso ao conteúdo da informação; assim, a solicitação judicial visando ao acesso à movimentação bancária de alguém não equivale a pedido de interceptação de suas ordens ao banco - sigilo da comunicação, mas a acesso a dados armazenados -

178 LEITÃO, José Geraldo da Costa. Lei Complementar 105/2001. Estudo dos atos administrativos sigilosos que enseja. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.78. 2002, p.52-53.

179 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda: quebra do sigilo bancário e omissão de receitas e rendimentos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n.70. jul. 2001, p.46-48.

sigilo da mensagem informada¹⁸⁰.

O sigilo bancário, como expressão do direito à intimidade e à privacidade, não é tão evidente para o autor paulista, já que se estaria falando de uma intimidade econômica, com acentuado sentido de propriedade, mais do que de liberdade. Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO rejeita esse fundamento, acentuando que só excepcionalmente as informações e documentos bancários, relativos a meros números, a contabilidade fria, poderiam revelar alguma relação com a vida privada do contribuinte¹⁸¹.

A idéia da reserva de jurisdição é combatida por José Paulo BALTAZAR JUNIOR, que assevera que a existência de reservas de jurisdição expressas autoriza a conclusão de que, fora de tais hipóteses, como é o caso da proteção à privacidade, o campo está aberto para conformação pelo legislador ordinário, desde que não afaste a possibilidade de exame posterior da questão pelo Poder Judiciário; assim, não se pode invocar a pretendida reserva de jurisdição no sentido de vedar o acesso da autoridade fazendária aos documentos cobertos pelo sigilo bancário¹⁸².

Na presente monografia, sustentaremos a constitucionalidade das medias trazidas pela Lei Complementar nº 105/2001, enfatizando-se a possibilidade teórica de restrição de direitos e a necessidade de sopesar os princípios ou bens em colisão.

3.7. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É de fundamental relevância a existência ou não de proteção constitucional

180 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo bancário. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo. v.4. n.14. out./dez. 2001, p.15-16.

181 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e Tributário. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.443.

182 BALTAZAR JUNIOR, J. P., *Op. cit.*, p.125.

ao sigilo bancário. Dessa questão depende a legitimidade ou não de lei disciplinando restrições ao sigilo, como é o caso da Lei Complementar nº 105/2001.

Não há na Carta Maior expressa menção ao sigilo bancário. Tratar-se-ia, portanto de matéria de lei. É o que diz Sacha Calmon Navarro COÊLHO: “*Em suma, para quebrar o sigilo bancário, quando preciso, não se faz necessário alterar a Constituição. A sua redação sequer obsta a suspensão do sigilo, nos casos previstos em lei, em favor do bem comum. Finalizando, afirmamos que a questão é matéria de lei.*”¹⁸³ Entretanto, no mesmo texto, o autor afirma que “*os artigos 145, §1º e 5º, incisos X e XII, expressam direitos individuais garantidos e que não podem se objeto de emenda ou revisão.*”¹⁸⁴

Assim como o ilustre tributarista citado, a doutrina majoritária entende que, apesar de não expressamente contemplado no texto constitucional, o sigilo bancário é hospedado pelo direito à intimidade e pelo sigilo de dados, ambos com dignidade constitucional. Dessa forma, a lei que venha a disciplinar esse instituto, deve respeitá-lo na qualidade de direito individual fundamental. Outros autores negam, minoritariamente, essa proteção constitucional, como é o caso de João Frazão de Medeiros LIMA, aduzindo que “*não só porque ele, pela sua própria característica pendular de instrumento de socorro momentâneo da sociedade, não precisa constar no texto constitucional, mas, também, porque esse sigilo, além de não atender aos anseios do cidadão comum, pode ser elemento acobertador de crimes de uma determinada camada social, como ocorre no momento atual.*”¹⁸⁵

A falta de previsão constitucional expressa tem feito com que a extensão do sigilo bancário seja objeto de construção doutrinária. Passamos, assim, a apresentar as

183 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Princípios Constitucionais Tributários. In: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1993, (Cadernos de Pesquisas Tributárias, 18), p. 101.

184 Id.

185 LIMA, João Frazão de Medeiros. Sigilo Bancário não existe constitucionalmente. **IOB-Repertório de Jurisprudência: Tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.11. jun. 1997, p. 262.

principais idéias defendidas pela doutrina pátria.

4. A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO

4.1. O SIGILO BANCÁRIO E O SIGILO DE DADOS

Muitos autores conferem ao sigilo bancário a natureza de sigilo de dados, constitucionalmente previsto no artigo 5º, XII, nos seguintes termos: “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. Ao interpretar esse dispositivo, Celso Ribeiro BASTOS afirma que o conceito de dados engloba também as informações que os bancos detêm a respeito de seus clientes, pois “*trata-se de tornar indevassáveis os dados pessoais manipulados pelos bancos, inclusive utilizando-se de comunicações por via de satélites artificiais.*”¹⁸⁶. No mesmo sentido, outros autores, como Ives Gandra da Silva MARTINS¹⁸⁷, Antonio Carlos Nogueira REIS¹⁸⁸ e Fernando Facury SCAFF¹⁸⁹ defendem a tese de que o sigilo bancário é uma espécie do gênero sigilo de dados.

Os termos “inviolável” e “indevassável” parecem, à primeira vista, conceder ao sigilo de dados um *status* de direito fundamental, um fim em si mesmo, à semelhança do direito à vida, à liberdade *etc.* Entretanto, Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR esclarece o conceito de sigilo, partindo da distinção, já que se trata de um

186 BASTOS, Celso Ribeiro. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.111-122.

187 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.1. 1995, p. 20.

188 REIS, Antonio Carlos Nogueira. A Inviolabilidade do sigilo de dados e o dever de informar ao Fisco. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. n.45. jul./ago. 2002, p. 184.

189 SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.71. ago. 2001, p.

direito subjetivo, entre o objeto e o conteúdo desse direito subjetivo; o objeto seria a liberdade de negação de comunicação do pensamento e o conteúdo seria a faculdade de resistir ao devassamento, concluindo-se, então, que o sigilo não é o bem protegido nem o objeto do direito fundamental, mas diz respeito à faculdade de agir - manter o sigilo, resistir ao devassamento, como conteúdo estrutural do direito. Assim, não é correto considerar o direito ao sigilo, como se fosse um único direito fundamental, um direito em si mesmo, pois, nessa hipótese, toma-se a faculdade, o conteúdo, pelo bem protegido, o objeto; trata-se, na verdade, de um instrumento fundamental, cuja essência é a acessoriedade, e, como tal, remete à avaliação ponderada dos fins. Conclui o autor que a inviolabilidade constitucional do sigilo, quando em confronto com outros princípios, exige do intérprete o sopesamento entre o bem protegido, o objeto, e os direitos confrontados¹⁹⁰.

Outra distinção decisiva feita pelo jurista paulista refere-se ao termo “dados”, que não pode estar dissociado do vocábulo “comunicação”, ou seja, o objeto protegido não são os dados em si, mas a sua comunicação; a inviolabilidade diz respeito à troca de informação - a comunicação - privativa, e não aos dados em si. Entender o contrário corresponderia a concluir, absurdamente, que alguém, conhecedor de dados incriminadores de outrem, obtidos por meio lícito, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo.

A ressalva prevista no dispositivo constitucional em apreço, limitada à comunicação telefônica, poderia conduzir à apressada conclusão de que, nas demais formas de comunicação, ou seja, correspondência, telegráfica e de dados, não seria possível, em hipótese alguma, o acesso ao objeto da comunicação¹⁹¹. Novamente aqui, é providente o entendimento do citado autor, segundo o qual a exceção feita ao sigilo

190 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo. n.1. 1992. p.141-54.

191 Há autores que efetivamente assim o entendem, como Ives Gandra MARTINS, que conclui que “*nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a quebra do sigilo de dados, visto que a referência à autorização judicial do art 5º, XII da CF diz respeito à comunicação telefônica e não ao sigilo de dados.*” - MARTINS, I. G. da S. *Inconstitucionalidades...*, Op. cit., p. 33.

telefônico se justifica por ser a única forma de comunicação que não deixa vestígios, de sorte que o chamado “grampeamento” torna-se o único recurso para preservar o conteúdo da mensagem; assim sendo, é de se concluir que o constituinte negou a quebra do sigilo das demais formas de comunicação, não porque as considerasse absolutamente insusceptíveis à quebra do sigilo, mas porque o acesso àquelas informações é possível por outros meios, como, por exemplo, através de busca e apreensão de documentos. Assim considerado, se, por um lado, proíbe-se a autorização judicial para interceptar a comunicação de dados, por outro lado, é lícito determinar a busca e apreensão de documentos, objeto daqueles dados. Estendendo essa idéia aos dados bancários, embora esteja impedido de determinar a interceptação da comunicação entre o banco e o cliente, relativamente às movimentações financeiras, o juiz pode permitir o acesso a elas.

Esclarecida, pois, a acessoriedade do sigilo bancário, aqui analisado como expressão do direito constitucional ao sigilo de dados, isso é, seu caráter instrumental tendente a proteger um certo bem, e justificada a possibilidade de quebra desse sigilo pela autoridade judicial, resta discutir os limites dessa intervenção, questão essa que remete ao significado da intimidade e da privacidade.

4.2. O SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE DAS PESSOAS

Um dos argumentos mais recorrentes, favorável à preservação do sigilo bancário, diz respeito ao inciso X do art 5º da Constituição Federal, segundo o qual *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*. O objeto da proteção, para essa corrente doutrinária, desloca-se do círculo de interesse do banco para abrigar um direito fundamental do cidadão. Como resume

Juarez TAVARES, o sigilo bancário deixa de ser um simples instrumento de prática bancária, destinado a agilizar ou perpetuar seus negócios, para se tornar uma extensão da proteção da vida privada¹⁹². Em outras palavras, o sigilo não é do banco, mas do homem que utiliza o banco, e com ele negocia.

O direito à vida privada foi objeto de estudo pela doutrina alemã, que, na última metade do século passado, desenvolveu a teoria dos círculos concêntricos ou das três esferas. Segundo essa teoria, a esfera da vida privada comporta subdivisões com vários níveis de exclusão da interferência de terceiros, na forma de círculos concêntricos. No primeiro nível, o de maior amplitude, a esfera da vida privada *stricto sensu*, abrange todos os comportamentos e acontecimentos que não pertencem ao domínio público. Num círculo intermediário, situa-se a esfera da intimidade ou esfera confidencial, na qual é limitado o número de pessoas que o indivíduo permite participem de seus conteúdos, abrangendo apenas os acontecimentos mais íntimos. No nível mais restrito chega-se à esfera do segredo, que o indivíduo comunica a terceiros normalmente com discrição e de forma parcimoniosa, apenas segundo seu próprio critério de pertinência; essa esfera exige mais rigorosa proteção legal contra a indiscrição¹⁹³.

René Ariel DOTTI, em renomada obra dissertando sobre o conflito entre a intimidade da vida privada do cidadão e a liberdade de informação, credencia a concepção do direito à intimidade, como círculo mais restrito do direito à vida privada, aos franceses, que possuem proteção expressa na Lei n° 70.643 de 17 jul. 1970¹⁹⁴. Ao

192 TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v.1. n.1. p.105-11. jan./mar. 1993.

193 BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: RT, 2003, p. 39-40.

194 René Ariel DOTTI ressalta que o reconhecimento jurídico de uma zona reservada, impenetrável, sem o consentimento da pessoa, remonta a um caso concreto ocorrido em 1858. Elisa Félix, uma renomada atriz do teatro clássico, conhecida pelo pseudônimo de Rachel, veio a falecer no auge da glória. Uma pintora, conhecida como O'Connel, fez um desenho da falecida atriz, baseado em uma fotografia dela em seu leito mortuário, que a irmã da atriz havia providenciado com o desejo de permanecer reservado para si. O desenho foi divulgado num semanário, motivando um processo instaurado contra a pintora. O julgamento, favorável à preservação da memória da atriz, foi considerado um paradigma da discussão a respeito da fronteira entre a notoriedade e o anonimato - DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 60-70.

precisar a noção de vida privada, ensina o penalista paranaense que “*genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados*”. Entendendo a intimidade como um dos aspectos da vida privada, o autor relaciona alguns conceitos adotados por respeitada doutrina: “*zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo, especialmente de uma família*”, “*o coração do coração de cada pessoa*”, “*a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais*”, “*uma esfera de isolamento moral*”¹⁹⁵. Avulta-se, nessas expressões citadas, um caráter subjetivo e indeterminado, que, ao mesmo tempo em que compõe uma noção homogênea do que seja intimidade, demonstra certa vagueza, falta de conteúdo ou insuficiência, pelo menos quanto à possibilidade de aplicação direta a um dado caso concreto. Entretanto, conforme conclui o renomado professor, o preenchimento desse conteúdo deve ser incumbência da jurisprudência, não somente pelas dificuldades que uma categoria nova naturalmente traz, mas principalmente pela mobilidade do cambiante mundo jurídico-social¹⁹⁶.

Os autores que associam o sigilo bancário à proteção da vida privada do titular da conta tendem a inseri-lo na esfera mais reservada de tutela, ou seja, no âmbito da intimidade. Confirmam-se a seguir os entendimentos de alguns autores. José Augusto DELGADO: “*a concepção do sigilo bancário no âmbito do direito à intimidade e à privacidade visa garantir ao homem o mínimo capaz para que lhe seja assegurada a sua condição humana, protegendo-o de ingerências alheias*”¹⁹⁷. Celso Ribeiro BASTOS: “[...] *uma das formas de proteção da intimidade pelo o que pode*

195 Apud id.

196 Id.

197 DELGADO, J. A., Op. cit., p. 36.

conter de pessoalmente comprometedor uma simples conta bancária e pela ardilosa intromissão nos interesses e atividades pessoais a que estaria sujeito o titular se não gozasse da proteção de sigilo bancário”(sic) ¹⁹⁸. Diva MALERBI: “*o sigilo bancário é uma projeção específica do direito à intimidade, é direito de natureza fundamental e integra a categoria dos direitos da personalidade*” ¹⁹⁹. Sérgio COVELLO: “*o sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão; esta é a sua razão de ser, a sua causa final*” ²⁰⁰. Roberto Quiroga MOSQUERA: “*o sigilo bancário constitui verdadeiro direito à intimidade, faz parte dos negócios da vida privada dos cidadãos e representa, por fim, um direito à manutenção do silêncio de informações*” ²⁰¹.

A idéia de intimidade, conforme acima relatada, traz certa dificuldade de comportar bens econômicos, com os quais as contas bancárias guardam estreita conjugação; o sigilo bancário como manifestação do resguardo à intimidade não deixa de parecer, à primeira vista, uma tentativa de materialização de algo essencialmente espiritual. Nesse sentido, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR adverte que “*não é tão simples subsumir os sigilos do mundo econômico, em especial da pessoa jurídica, à privacidade; até porque estes parecem ter, antes, um acentuado sentido de propriedade, mais do que de liberdade.*”²⁰² A questão da inclusão da situação patrimonial do indivíduo, como extensão da esfera de privacidade e intimidade dos indivíduos, é motivo de debates também no direito dos países ibéricos, cujas

198 BASTOS, C. R. Sigilo Bancário e Tributário..., Op. cit., p. 115.

199 MALERBI, Diva. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.83.

200 COVELLO, S. C., Op. cit., p. 156.

201 MOSQUERA, R. Q., Op. cit., p. 73.

202 Sobre o fundamento da privacidade, argúi o autor paulista que “*não é a propriedade, mas a liberdade. A privacidade não protege posses, propriedades, mas relações: de confiança, de lealdade, estratégicas, de proteção ao foro íntimo contra a curiosidade etc. Daí a importância da exclusão de terceiros e da resistência à intromissão. [...] Entende-se, assim, que se trata de uma proteção legítima, de ordem constitucional, cujo objeto não é o documento de posse da instituição financeira, mas a liberdade de relação nele consistente.*” - FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo das operações de instituições financeiras (parecer do processo IASP 1/279). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. v.5. n.9. 2002. p.161-77.

jurisprudências adotam posições opostas entre si. O Tribunal Constitucional Português considera que a análise e investigação das contas bancárias tornam possível penetrar na zona mais estrita da vida privada, constituindo uma restrição ilegítima ao direito de intimidade. O autor português José Luís Saldanha SANCHES critica a negação, por parte do tribunal português, da distinção entre intimidade e revelações sobre situações patrimoniais, que corresponde a uma recusa de ponderação dos bens jurídicos implicados, criando um conceito tão vasto de intimidade que o faz abranger meras manifestações da situação patrimonial de cada indivíduo²⁰³.

Na Espanha, por outro lado, a posição assumida pela jurisprudência é totalmente oposta: ela limita a esfera da intimidade, nas relações com o fisco, a ponto de prever somente um refúgio, limitado, no âmbito do segredo profissional, nos casos de informação sobre terceiros, e desde que não se trate de dados com transcendência econômica ou tributária; o direito à intimidade, pessoal ou familiar, não existe em face da Administração Tributária espanhola no exercício da função de busca de dados com transcendência tributária, entendimento esse chancelado pelo Tribunal Constitucional, que entende que não há dado ou informação econômica com transcendência tributária que limite a ação inquisitiva da administração tributária por razão de intimidade²⁰⁴. Esse entendimento é compartilhado também pela doutrina de José Ramón RUIZ GARCIA, que afirma que:

O direito à intimidade constitucionalmente garantido pelo artigo 18 em relação com uma área espacial ou funcional da pessoa precisamente em favor da salvaguarda de sua privacidade, que há de restar imune às agressões exteriores ou outras pessoas ou da Administração Pública, não se pode estender de tal modo que constitua um instrumento que impossibilite ou dificulte o dever constitucionalmente declarado no art. 31 da Norma Fundamental de todo cidadão de contribuir à sustentação dos gastos públicos através do

203 SANCHES, J. L. S. *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*. Disponível em <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em 15 jul. 2003.

204 GARCÍA AÑOVEROS, Jaime. Una nueva ley general tributaria. Problemas constitucionales. *Civitas: revista española de derecho financiero*. Madrid. n.º 90. 1996. p.213-35.

sistema tributário, de acordo com sua capacidade econômica.²⁰⁵

No direito pátrio, a doutrina majoritária acompanha a posição adotada pelos portugueses, no sentido da não diferenciação entre a situação pessoal e a patrimonial, para efeito de delimitar a defesa da privacidade e intimidade, conforme se depreende claramente das palavras de Arnaldo WALD: “o sigilo garante ao cidadão a possibilidade de manter a indevassabilidade de informações que exponham ao público a sua vida privada. O sigilo bancário é o meio para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras”²⁰⁶; de Ives Gandra da Silva MARTINS: “o sigilo bancário é uma defesa da privacidade, entendida esta como elemento da personalidade, que não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também a externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais”²⁰⁷; ou de Carlos Alberto HAGSTRON: “o direito à intimidade tem caráter geral, abrangendo os múltiplos aspectos em que se desdobra a vida privada, inclusive os de ordem econômica-financeira, componentes da chamada ‘intimidade econômica’ ou ‘intimidade patrimonial’”²⁰⁸.

O que se alega, enfim, é uma repercussão das informações patrimoniais na esfera pessoal dos indivíduos, como decorrência da abrangência das atividades

205 Tradução livre do original: “El derecho a la intimidad constitucionalmente garantizado por el artículo 18 en relación con un área espacial o funcional de la persona precisamente en favor de la salvaguarda de su privacidad, que ha de quedar inmune a las agresiones exteriores de otras personas o de la Administración pública, no puede extenderse de tal modo que constituya un instrumento que imposibilite o dificulte el deber constitucionalmente declarado en el artículo 31 de la Norma Fundamental de todo ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema tributario, de acuerdo con su capacidad económica.” - RUIZ GARCIA, José Ramon. **Secreto Bancário y hacienda pública**. Madrid: Civitas, 1988, p. 69.

206 WALD, Arnaldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo. v.6. n.22. 1998. p.15-31.

207 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.9.

208 HAGSTROM, Carlos Alberto. Sigilo bancário: novas questões. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.36. n.105. 1997. p.43-52.

econômicas na sociedade contemporânea²⁰⁹. Entretanto, afirmar, de forma genérica e abstrata, se a conta bancária pertence ou não à vida privada do titular da conta é impossível, pois como concluiu Sérgio Cruz ARENHART, *“fixar limites precisos para a noção deste direito é limitar algo essencialmente fluido e dinâmico. Os contornos do direito à vida privada variam, conforme a pessoa, a situação política, a época e a situação concreta. Assim, imprescindível, na caracterização deste direito, o papel da jurisprudência; somente com a vivência humana e diante do caso concreto é possível estabelecer uma definição precisa (e para aquele caso específico) do direito à vida privada”*²¹⁰.

4.3. O SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Para aqueles que concebem o sigilo bancário como uma projeção do direito à intimidade, trata-se de um direito de natureza fundamental, que integra a categoria dos direitos da personalidade. Essa concepção é de construção recente. Carlos Alberto HAGSTRON, consultando a doutrina estrangeira, conclui que o fundamento jurídico do sigilo bancário passou, modernamente, por profundas mudanças, fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial que entende residir no mandamento constitucional, dentro do elenco de direito e garantias fundamentais, o fundamento último do segredo bancário²¹¹.

É essa a conclusão a que chega Sérgio Carlos COVELLO, ao se manifestar

209 Nesse sentido, Clémerson Merlin CLÈVE e Sólón SEHN afirmam que: *“Na sociedade de consumo contemporânea, os dados dos cartões de crédito e dos extratos bancários podem revelar informações das mais constrangedoras, tais como as lojas, hotéis e restaurantes, o tipo de roupas, as viagens realizadas, a opção sexual, a religião, enfim, informações estritamente pessoais e absolutamente excluídas do domínio público.”* - CLÈVE, C. M.; SEHN, S. Crimes Fiscais..., Op. cit., p. 59-60.

210 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, p. 50

211 HAGSTRON, Carlos Alberto. Sigilo bancário: novas questões. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v.36, n.105, 1997, p.43-52.

sobre o fundamento desse instituto nos seguintes termos:

Entendemos que a teoria do direito da personalidade explica satisfatoriamente o fundamento do sigilo bancário. O patrimônio e a atividade negocial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar esse aspecto da personalidade contra a indiscrição alheia. [...] Os direitos da personalidade são direitos essenciais inatos, verdadeiras condições indispensáveis à consecução dos fins naturais do homem e decorrem da só condição humana de seu titular. O direito à honra, o direito à vida, o direito à identidade pessoal *etc* precedem o ordenamento jurídico. [...] A negação dos direitos da personalidade é a negação da própria pessoa, de modo que não há sustentar a inexistência de direitos da personalidade pela só razão de não estarem disciplinados legislativamente no ordenamento jurídico.²¹²

A análise das argumentações formuladas pelos autores supra citados, a respeito da relação entre sigilo bancário e direito da personalidade, permite concluir que se trata de manifestações de um fenômeno jurídico contemporâneo, que os civilistas denominam “constitucionalização do direito civil”. Conforme explica o professor Eroulths CORTIANO JÚNIOR, a partir da segunda metade do século XX, as constituições dos países democráticos, em resposta aos traumas sofridos pelos horrores da segunda guerra mundial, recepcionaram o compromisso político da proteção à pessoa humana, naqueles valores indispensáveis ao homem enquanto pessoa; ao se ocuparem primordialmente dos aspectos patrimonialísticos, os códigos civis deixaram um vácuo, que foi preenchido pela proteção constitucional à personalidade humana. O centro nuclear do direito civil constitucionalizado é a pessoa humana; todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser em função desse fim último, que é anterior à ordem jurídica. A fim de que se possa garantir efetividade da norma constitucional de proteção à personalidade, é imprescindível que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas e aplicadas conforme a constituição, que passa, assim, a desempenhar o

212 Após analisar e rejeitar várias teorias a respeito do fundamento do sigilo bancário (teoria contratualista, da responsabilidade civil, consuetudinária, do segredo profissional, da boa-fé ou do dever de lisura, legalista, do direito à intimidade dos bancos), o autor conclui que a teoria dos direitos da personalidade é a que melhor explica esse instituto - COVELLO, Op. cit., p. 113-158.

papel de centro de integração do ordenamento jurídico.²¹³ Como reflexo desse movimento, a Constituição Federal de 1988 contempla os direitos da personalidade, a partir de uma cláusula geral de proteção: a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, e um rol de direitos fundamentais, elencado no artigo 5º.

O professor prossegue afirmando que, na sistemática constitucional, há uma ligação indissolúvel entre personalidade e dignidade, a ponto de alguns autores que tratam desse tópico se referirem diretamente à proteção da dignidade do homem. De fato, voltando ao tema da monografia, não são poucos os autores que sustentam que o sigilo bancário constitui uma das formas de garantia da dignidade da pessoa humana. É o caso de Hamilton Dias de SOUZA, para quem *“o tema está umbilicalmente ligado à liberdade e à dignidade da pessoa humana. O direito examinado, por ser tão de perto inerente ao homem, deve, necessariamente, ser classificado como de primeira geração, que respeita à intimidade e à vida privada, porque desdobramento da liberdade do indivíduo, essencial à manutenção de sua dignidade.”*²¹⁴; de Diva MALERBI, por entender que *“para definição do direito à intimidade e à vida privada, não há como se fugir à própria noção de dignidade humana, que lhe serve de referência e fundamento. [...] O sigilo bancário está compreendido no âmbito de proteção maior que a Constituição empresta à intimidade e a consequência que a violação indiscriminada a esse direito pode acarretar é a perda, pela pessoa, de sua própria liberdade em atentado contra a dignidade humana.”*²¹⁵; e de Marilene Talarico Martins RODRIGUES, que acredita que *“o sigilo bancário está compreendido na proteção maior que a Constituição dá à intimidade e à privacidade. É desdobramento do art. 5º, caput da CF, que assegura a todos o direito à liberdade.*

213 CORTIANO JÚNIOR, Eroulth. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-55.

214 SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. v.8. n.30. 2000. p.139-145.

215 MALERBI, D., Op. cit., p. 80 e 83.

A sua violação atenta contra a própria dignidade da pessoa humana”²¹⁶. E mais, alcançando o sigilo bancário o *status* de direito da personalidade, inserido no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, não pode nem mesmo o legislador constituinte revogá-lo, por constituir cláusula pétrea²¹⁷.

Um dado sintomático do apego aos novos valores constitucionais, trazido pela Constituição Federal de 1988, é a observação feita por Mary Elbe Gomes Queiroz MAIA, ao lembrar que, até o ano de 1988, era possível o acesso às movimentações financeiras dos contribuintes, situação essa que se alterou com a glorificação ao extremo dos direitos fundamentais, fazendo com que o acesso das autoridades fiscais às movimentações bancárias fosse muitas vezes vedado por decisões judiciais. Enfatiza a autora que a consagrada vedação ultrapassou o limite da razoabilidade, passando a ser um escudo para o acobertamento de operações decorrentes de interesses ilegítimos e de crimes fiscais²¹⁸.

A nosso ver, acreditamos ser exagerada a tese do sigilo bancário como projeção do direito da personalidade. Não se pode conferir tamanha dignidade a um direito de índole nitidamente patrimonial, sob pena de banalizar o que é essencial. Um traço distintivo entre um direito da personalidade e os demais é justamente a essencialidade daquele, que merece tutela por si mesmo considerado, eis que condiciona a dignidade da pessoa humana, ao contrário destes que são instrumentais,

216 RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 185.

217 Defendem a tese da cláusula pétrea do sigilo bancário, entre outros: Ives Gandra da Silva MARTINS - MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidades..., Op. cit. p.31, Eivany A. SILVA - SILVA, Eivany A. Considerações a respeito do sigilo de dados. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.61. 2000. p.26-42, Régis de OLIVEIRA - OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Aspectos constitucionais do sigilo bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.34. n.99. jul./set. 1995, p. 98-104, Fernando Facury SCAFF - SCAFF, Fernando Facury. Estado mínimo do contribuinte. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre. v.24. n.53. 2001, p. 108, Fernando de Oliveira MARQUES - MARQUES, Fernando de Oliveira. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 301, João Bosco Coelho PASIN - PASIN, João Bosco Coelho. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 390-391.

218 MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A inexistência de sigilo bancário frente ao poder-dever de investigação das autoridades fiscais. **Tributação em Revista**. Brasília. v.7. n.29. 1999. p.24-31.

e, nessa condição, não afetam, por si só, a dignidade, embora em casos concretos possam reflexamente atingir direitos da personalidade. Assim, reconhecemos essa possibilidade através, por exemplo, da divulgação de dado financeiro que redunde na revelação da existência de filho nascido fora do casamento. O que deve ser preservado, por si mesmo, é a honra ou a imagem da pessoa, e não a sua conta bancária. Ademais, tecnicamente, concordamos com Kiyoshi HARADA, que assinala que “*o sigilo bancário é renunciável por vontade de seu titular e antecede ao reconhecimento do direito à intimidade ou à privacidade que, por integrar os direitos da personalidade, é irrenunciável.*”²¹⁹, e com Maria José Oliveira Lima ROQUE, que lembra que “*todos nascem com direito à vida, à saúde, a um nome, à intimidade etc. mas ninguém nasce com direito ao sigilo bancário, porque pode ser que venha ao mundo em local onde não existam bancos, ou, como ocorre com a maioria dos brasileiros, que nunca chegue a ser cliente de um.*”²²⁰

4.4. O SIGILO BANCÁRIO COBERTO PELA RESERVA ABSOLUTA DE JURISDIÇÃO

Apesar da importância atribuída ao sigilo bancário, entendido pela doutrina majoritária como direito fundamental na atual ordem jurídica brasileira, é pacífico o seu caráter relativo que, como tal, excepcionalmente, deve ceder em face de outros interesses não menos relevantes. Nem poderia ser de outra forma, já que a idéia de direitos absolutos é incompatível com a noção de direito como sistema²²¹. Sustentam

219 HARADA, Kiyoshi. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 374.

220 ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 93.

221 A teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXY não comporta a noção de princípios absolutos. Caso houvesse um princípio absoluto coletivo, então ele seria incompatível com direitos individuais, já que, sendo absoluto, as normas de direitos individuais não lhe poderiam fixar nenhum limite. A

muitos autores que, diante das hipóteses de eventual restrição ao exercício desse direito, compete exclusivamente ao Poder Judiciário decidi-las; em outros termos, alega-se que o sigilo bancário se encontra albergado por reserva de jurisdição.

Citem-se a seguir os argumentos de respeitáveis juristas. Hugo de Brito MACHADO: *“A quebra do sigilo bancário deve ser colocada sob reserva de jurisdição em face da importância do direito à intimidade e à vida privada que, tal como o direito à liberdade física, só por decisão judicial pode sofrer limitação”* ²²²; Celso Ribeiro BASTOS: *“o sigilo bancário, por ser tratar de uma espécie do direito à privacidade, portanto, um direito individual constitucionalmente assegurado é inviolável, exceto quando houver relevante interesse público e com autorização do Poder Judiciário.”* (sic) ²²³

Impende, por oportuno, investigar o significado da expressão “reserva de jurisdição”. Segundo CANOTILHO, *“diz-se que há um ‘monopólio da primeira palavra’, monopólio do juiz ou reserva absoluta de jurisdição quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas”* ²²⁴. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, faz menção expressa a alguns atos privativos do juiz: violação de domicílio (inciso XI – por determinação judicial); interceptação telefônica (inciso XII – por ordem judicial); dissolução compulsória de associação (inciso XIX – por decisão judicial); prisão (inciso LXI – autoridade judiciária competente).

existência de um princípio absoluto individual é ainda mais contraditória, já que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados por esses princípios teriam que ceder em face do direito de cada um, o que é contraditório. O caráter absoluto do princípio da dignidade humana é somente uma impressão, que é explicada pelo fato de que essa norma é tratada, em parte como regra e em parte como princípio, e pelo fato de que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa, com alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios - ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 106.

222 MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.9. 2001. p.257-249.

223 BASTOS, C. R. Sigilo Bancário e Tributário..., Op. cit., p. 119.

224 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 662.

O STF foi chamado a se pronunciar nessa matéria por ocasião do Mandado de Segurança nº 23.452, de 16 set. 1999, publicado em 12 maio 2000, tendo com relator o Ministro Celso de MELLO, que assim decidiu:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. (sic)²²⁵

Não houve orientação definitiva do STF quanto à questão de o sigilo bancário submeter-se ou não ao regime da reserva de jurisdição; embora tenham-se pronunciado afirmativamente os ministros Celso de MELLO (Relator), Marco Aurélio Mendes de Faria MELLO, Sepúlveda PERTENCE, Néri da SILVEIRA e Carlos VELLOSO (Presidente), a matéria não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, que, no caso específico em julgamento, acompanhando o ministro relator, julgaram suficiente para o deslinde da questão a falta de motivação do ato impugnado. O Ministro Moreira ALVES absteve-se de discutir o tema com as seguintes considerações: *"Sr. Presidente, fico apenas com o fundamento da falta de fundamentação, até porque tenho sérias dúvidas a respeito dessa reserva de jurisdição, tendo em vista a circunstância de que a Constituição não faz distinção entre as reservas legais e as constitucionais."*²²⁶

225 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 set. 1999. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 173, p. 805, maio 2000.

226 Id.

Por outro lado, meses após, o Excelso Pretório pronunciou-se sobre o mesmo tema por ocasião do Mandado de Segurança nº 23.480, de 04 maio 2000, publicado em 15 set. 2000, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda PERTENCE, quando assim decidiu:

Quebra ou transferência de sigilos bancários, fiscal e de registros telefônicos que, ainda quando se admita, em tese, susceptível de ser objeto de decreto de CPI – porque não coberta pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais -, há de ser adequadamente fundamentada: aplicação no exercício pela CPI dos poderes instrutórios das autoridades judiciárias da exigência de motivação do art. 93, IX, da Constituição da República.²²⁷

Nota-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal ainda não firmou um posicionamento definitivo com respeito à polêmica em torno da reserva de jurisdição do sigilo bancário. Em nosso entendimento, acompanhando as observações introduzidas por Dirceu Antonio PASTORELLO²²⁸, Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO²²⁹ e José Paulo BALTAZAR JÚNIOR, a existência de reservas de jurisdição expressas permitem concluir que, fora de tais hipóteses, o campo está aberto para conformação pelo legislador ordinário²³⁰, não incorrendo, assim, a Lei Complementar nº 105/2001 em vício de inconstitucionalidade por facultar ao fisco o levantamento do sigilo bancário, nas condições ali previstas.

Caso o sigilo bancário se submetesse à cláusula de reserva absoluta de jurisdição, o acesso à movimentação financeira pelo Poder Executivo estaria invadindo a competência do Poder Judiciário. É essa a conclusão de James MARINS, que defende que “*é imperativo constitucional – autêntico cometimento jurisdicional*

227 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.480. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 04 maio 2000. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 174, p. 844, set. 2000.

228 PASTORELLO, D.A., Op. cit., p. 338.

229 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e Tributário., Op. cit., p. 461.

230 BALTAZAR JUNIOR, J. P., p. 124.

*expresso contido na Constituição – a apreciação do Poder Judiciário para que vulnere o sigilo que reveste a intimidade dos cidadãos, idéia que faz necessária homenagem ao princípio da tripartição dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.”*²³¹ Por outro lado, caso sustente-se a tese oposta, o mesmo princípio da separação de poderes pode ser argüido para refutar a alegação de necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo, como se deflui das palavras de Kleber Augusto TAGLIAFERRO: “*violaria a idéia de independência em relação ao Judiciário – princípio, aliás, elevado à condição de cláusula pétrea pelo inc. III, §4º do art. 60 da CF/88, a imposição da condição de autorização judicial para que o Executivo pudesse exercer suas atividades fiscalizatórias próprias*”²³²

O que acaba de ser posto em pauta, isso é, a atividade de fiscalização do fisco, insere-se no tema do poder de polícia. Aurélio Pitanga SEIXAS FILHO deixa claro que, na divisão de funções entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, cabe a este o dever imposto por leis, de todos os níveis, de conferir a exata aplicação das normas jurídicas, sendo, conseqüentemente, delegado às autoridades administrativas uma potestade - exercício do poder de polícia, de investigar e fiscalizar se as pessoas estão cumprindo corretamente seus deveres jurídicos.²³³ O poder de polícia remete à idéia de restrição de direitos individuais em prol do interesse público, conforme conceitos firmados pela doutrina, entre os quais o de Hely Lopes MEIRELLES: “*faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado*”²³⁴, e de Maria Sylvia Di PIETRO: “*atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do*

231 MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 250.

232 TAGLIAFERRO, K. A., Op. cit., p. 73.

233 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 155-156.

234 MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo...**, Op. cit., p. 115.

interesse público”²³⁵. Em sentido específico, pode-se falar de poder de polícia fiscal, entendido por Onofre Alves BATISTA JÚNIOR como “*o poder de limitar liberdades individuais ou impor deveres aos particulares, de forma a assegurar o efetivo, justo e adequado fluxo de recursos derivados para os cofres públicos.*”²³⁶

O aspecto que deve ser ressaltado no poder de polícia é o atributo da auto-executoriedade, pelo qual a Administração Pública pode executar seus atos sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, sempre que: a) houver expressa previsão em lei, ou b) quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa causar prejuízo maior para o interesse público. A jurista paulista ressalva ainda que, embora a decisão executória dispense a administração de ir preliminarmente a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo²³⁷.

Do exposto, decorre que o ato de acessar os dados bancários diretamente pelo fisco é legítimo, eis que realizado no exercício do poder de polícia fiscal, que autoriza restrição de liberdades individuais e imposição de deveres aos particulares com vistas a uma justa e isonômica tributação, sendo dotado de auto-executoriedade com fundamento na Lei Complementar nº 105/2001, independendo, nessa condição, de autorização judicial. O legislador, assim, atendeu aos reclamos de Nelson ABRÃO, que criticava o fato de que “*a conservação do sistema hermético que basifica nossa legislação e faz dela uma eterna dependente da intervenção do Judiciário precisaria ser definitivamente equacionada, por intermédio de preceitos flexíveis, que, malgrado sua natureza, delimitariam a responsabilização no caso de excesso, abuso ou desvio de poder*”²³⁸. Na ocasião, o autor reportava-se à incompatibilidade da então em vigor

235 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 110.

236 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O poder de polícia fiscal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 336.

237 DI PIETRO, M.S.Z., Op. cit., p. 185.

238 ABRÃO, N., Op. cit., p. 70.

Lei nº 4.595/64, com relação à realidade e a modernidade das operações do mercado financeiro e de capitais, sobretudo em relação à motivação que enseja a quebra, pois, *“se de um lado o sigilo compete como forma de preservar a privacidade, d’outro não pode esconder ilicitudes em detrimento do bem-estar coletivo, razão pela qual a revisão é inadiável.”*²³⁹

Cumpre ressaltar ainda que a prévia autorização judicial nessa matéria conspira contra os ideais da eficiência administrativa. Aurélio Pitanga SEIXAS FILHO pondera que o Judiciário se encontra já assoberbado de ações que lhe competem ordinariamente julgar, pelo que não teria cabimento impingir-lhe uma função tutelar de ação investigatória, que de ordinário é uma função administrativa, salvo, como é natural, examinar extraordinariamente algum abuso ou desvio de poder, concretamente materializado²⁴⁰. Aylton Dutra LEAL calcula que o Judiciário teria recebido, em 1999, somente da Secretaria da Receita Federal, cerca de vinte mil pedidos de autorização para fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, o que faria dos órgãos jurisdicionais verdadeiros balcões de despacho de pedidos de fornecimento de informações, em prejuízo da solução ágil de litígios²⁴¹.

Por derradeiro, não se pode perder de vista as experiências de outros países com respeito ao tema. Não se pretende aqui recomendar o tratamento dado à matéria nesse ou naquele país; argumentos assim sacados de forma isolada são facilmente rebatidos pela idéia de que a experiência de cada país é única, e assim, a solução adotada em certo ordenamento jurídico não necessariamente resolve os problemas de outro. Entretanto, quando examinadas em seu conjunto, as experiências vividas por outros países podem efetivamente trazer argumentos convincentes. No capítulo 2.4, na

²³⁹ Ibid., p. 71.

²⁴⁰ SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo. v.10. n.42. p.241-5. jan./fev. 2002, p. 244.

²⁴¹ LEAL, A. D., Op. cit., p. 19.

página 23, dedicado ao estudo do sigilo bancário no direito comparado, procurou-se expor os principais traços desse instituto em alguns países, com ênfase nas repercussões fiscais. A pesquisa foi orientada por duas preocupações: a fidedignidade da informação e a atualidade do texto, tendo em vista as recentes modificações legislativas que têm ocorrido em vários países; assim, foram utilizados textos, em sua grande maioria, recentes e cujos autores comentam a situação de seu próprio país. Com relação à questão da reserva de jurisdição, a pesquisa revelou que, dos trinta países membros da OCDE, apenas na Áustria, em Luxemburgo e na Suíça o acesso às informações bancárias não pode ser feito diretamente pelo fisco, necessitando de autorização judicial²⁴². Nesses países, é sabido que o sigilo bancário atua como instrumento de captação de recursos, que se insere dentro das políticas econômicas nacionais, o que explica o rigor da limitação do acesso ao dados bancários. Os argumentos construídos pelos autores brasileiros - reserva absoluta de jurisdição, repartição de poderes, imparcialidade do juiz *etc* - sempre giram em torno do valor por eles atribuído ao direito à intimidade. É de se refletir nesse momento qual seria o fundamento de tamanha supremacia desse direito, sobrevalorizado de forma singular no Brasil.

4.5. CRÍTICAS ÀS FORMULAÇÕES DOUTRINÁRIAS E NOSSA POSIÇÃO: FUNDAMENTO NO DIREITO À LIBERDADE

A formulação teórica do sigilo bancário como expressão do direito à liberdade não tem sido muito explorada pela doutrina; alguns autores, porém, realizam

²⁴² No relatório “*Melhorando o acesso à informação bancária para fins fiscais*” (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), publicado pela OCDE, em março de 2000, Portugal também faz parte desse grupo. Entretanto, em dezembro de 2000, os portugueses publicaram a Lei nº 30-G (Lei da Reforma de Tributação do Rendimento) que prevê a possibilidade de acesso direto pelos agentes fazendários, sob certas condições, conforme explanado no subitem 2.4.6.

rápidas incursões nessa seara²⁴³. Hamilton Dias de SOUZA tratou do assunto com um pouco mais de profundidade; embora sustente que o sigilo bancário tem fundamento no direito à intimidade e à privacidade, afirma o autor que ele “*compreende-se no campo mais amplo do direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, e que o tema diz respeito às liberdades públicas e à idéia de Constituição como estabelecadora de limites à ação do Estado em face dos indivíduos. [...] Se a autoridade tributária, interessada na quebra do sigilo bancário, decide isoladamente, sem submeter-se previamente a outro poder que tem o dever de isenção, a própria liberdade individual fica comprometida*”²⁴⁴.

O fundamento da liberdade tem mais aceitação na doutrina italiana, conforme extenso estudo apresentado por Arnaldo WALD: “*também na Itália, a doutrina reconhece que a inviolabilidade do sigilo bancário é uma garantia que decorre do direito à liberdade individual, assegurando a atuação de cada um, na sua esfera privada. Salienta-se que a inviolabilidade do sigilo bancário constitui uma liberdade negativa, no sentido de excluir terceiros da área própria, a de atuação exclusiva do indivíduo, é o ius excludendi alios em relação a informações referentes a sua vida privada, familiar, econômica etc.*”²⁴⁵

É ainda a doutrina italiana que nos socorre para melhor compreender as várias faces da liberdade. A noção de liberdade, assim como a de igualdade, comporta

243 Kleber Augusto TAGLIAFERRO identificou a tensão entre a liberdade e igualdade nos seguintes termos: “*em primeiro plano, a liberdade de se dispor da própria intimidade e de seus dados, que será relativamente violada pela quebra do sigilo (art. 5º, X e XII, CF), em contraposição ao da igualdade tributária (arts. 5º, 145, §1º e 150, II da CF).*” - TAGLIAFERRO, K. A., Op. cit., p. 71. André Ramos TAVARES, ao expor sobre a tutela da liberdade como exigência do sigilo bancário, aponta que “*pretender alcançar os dados financeiros do indivíduo significa ferir irremediavelmente sua liberdade, no seu significado mínimo. O retrocesso é mais do que evidente*” - TAVARES, André Ramos. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 313. Maria Thereza Rocha de Assis MOURA preceitua que “*estando o sigilo bancário inserido no conceito amplo de liberdade, podendo seu titular dele dispor como lhe aprouver, inclusive renunciar a sua inviolabilidade, autorizando a revelação, faz-se imprescindível observar o mandamento constitucional que assegura: ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.’*” - MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação à quebra indevida do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (coord.). *Direito Penal Empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 164.

244 SOUZA, H. D., Op. cit., p. 140-145.

245 WALD, A. O sigilo bancário no projeto..., Op. cit., p. 26.

uma série de desdobramentos. Quando se afirma que o indivíduo tem o direito à liberdade da manutenção de seu segredo bancário, estamos nos referindo à liberdade negativa, que Norberto BOBBIO concebe como

[...] a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. O aspecto negativo contrapõe-se ao caráter positivo da liberdade, compreendida como a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação, ou de autonomia. A liberdade negativa é uma qualificação da ação, e a liberdade positiva é uma qualificação da vontade. Quando digo que sou livre no primeiro sentido, quero dizer que uma determinada ação minha não é obstaculizada e, portanto, posso realizá-la; quando digo que sou livre no segundo sentido, quero dizer que meu querer é livre, ou seja, não é determinado pelo querer de outro, ou, de modo mais geral, por forças estranhas ao meu próprio querer. Mais do que liberdade negativa e positiva, seria talvez mais apropriado falar de liberdade de agir e liberdade de querer. [...] as liberdades civis, protótipo das liberdades negativas, são liberdades individuais, isto é, inerentes ao indivíduo singular: com efeito, são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão de entes coletivos como a Igreja e o Estado; filosoficamente, são uma manifestação de concepções individualistas da sociedade, ou seja, de teorias para as quais a sociedade é uma soma de indivíduos e não um todo orgânico.²⁴⁶

A nosso pensar, não obstante a consistência das argumentações formuladas por ilustres doutrinas nos itens anteriores, acreditamos que as fundamentações carecem de generalidade. Mesmo admitindo que o sigilo bancário pode resguardar informações íntimas e privadas de alguns, seria exagero declarar que todo e qualquer correntista se sinta violado em sua intimidade ao apresentar seus dados financeiros a um terceiro. Similarmente, seria ainda mais descomedido pensar que todas aquelas pessoas sofressem um atentado à sua dignidade toda vez que a administração fazendária requisitasse-lhes seus extratos bancários. Mesmo admitindo que alguns indivíduos possam resistir ao acesso de suas movimentações financeiras pelo fisco, por receio de exposição de sua intimidade e privacidade, não se nos afigura razoável estender essa

246 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edouro, 1997, p. 48-53.

situação, como se comportamento geral fosse. Certamente, há muitos que não recusam a quebra de seus sigilos e outros mais que se lhe opõem por circunstâncias alheias às suas questões íntimas, não necessariamente agindo de má fé, como seria o caso de indivíduo que, por razões de concorrência profissional, teme que terceiros conheçam sua rede de clientes.

Os interesses presentes nessas hipóteses imaginadas comportam, apesar de sua diversidade, um elemento comum: em todos os casos os indivíduos pleiteiam a liberdade de não agir sem ser obrigado por terceiros, ou mais precisamente, o direito individual de não intromissão do Estado em suas contas bancárias. A generalidade dessa fórmula repousa na ausência de perquirição do motivo específico da relutância em face do levantamento do sigilo; em termos genéricos, o indivíduo simplesmente rejeita a ingerência estatal em seus negócios. Em suma, concluimos esse capítulo sustentando que, de forma genérica e abstrata, o sigilo bancário encontra fundamento na liberdade de o indivíduo movimentar suas finanças sem a intervenção do Estado, sendo que, de forma específica e concreta, pode basear-se na preservação da intimidade, da privacidade, do sigilo profissional e outras hipóteses.

PARTE II – SIGILO BANCÁRIO E DIREITOS SOCIAIS

5. FUNDAMENTOS DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. INTRODUÇÃO

A noção de restrição dos direitos fundamentais remete imediatamente à idéia de que os direitos fundamentais não são absolutos. Uma teoria dos direitos fundamentais, baseada no direito constitucional, não comporta a noção de princípios absolutos. Robert ALEXY demonstra essa assertiva, afirmando que, caso houvesse um princípio absoluto coletivo, então ele seria incompatível com direitos individuais, já que, sendo absoluto, as normas de direitos individuais não lhe poderiam fixar nenhum limite. A existência de um princípio absoluto individual é ainda mais contraditória, pois em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados por esses princípios teriam que ceder diante do direito de cada um, o que é contraditório. O caráter absoluto do princípio da dignidade humana é somente uma impressão, que é explicada pelo fato de que essa norma é tratada em parte como regra e em parte como princípio, e pelo fato de que existe uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa, com alto grau de certeza, precede a todos os demais princípios²⁴⁷.

A inevitável relatividade dos direitos fundamentais justifica a importância da questão da restrição desses direitos que, na atualidade, compreende um campo de investigação bastante fecundo na dogmática dos direitos fundamentais. Um dos temas

²⁴⁷ ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 106.

tratados por Robert ALEXY, na obra *Teoria de los derechos fundamentales*, refere-se às restrições de direitos fundamentais, que ele concebe como normas que restringem posições jusfundamentais *prima facie*, com a ressalva de que tais normas devem ser constitucionais; dito em outras palavras, as restrições de direitos fundamentais são normas constitucionais que restringem a realização de princípios jusfundamentais²⁴⁸. Para José Joaquim Gomes CANOTILHO, “reconduzem-se a restrições de direitos as normas limitadoras de posições jurídicas que, *prima facie*, se devem considerar como direitos, liberdades e garantias”²⁴⁹.

O objetivo desse capítulo é investigar os fundamentos da restrição de direitos fundamentais, tarefa essa que não pode prescindir de uma análise, ainda que superficial, de certos tópicos pertencentes à dogmática dos direitos fundamentais. Esse tema, como se sabe, é muito complexo, pois não somente envolve múltiplos ramos do Direito, como também não se limita exclusivamente à ciência jurídica. A fim de evitar uma exposição demasiadamente densa e fora dos contornos desse trabalho, procurou-se adotar uma linha de raciocínio direcionada à seguinte indagação: dada uma lei restritiva de direitos fundamentais, como saber se as restrições efetuadas pelo legislador são legítimas? Em outros termos, quais os critérios de aferição da constitucionalidade da lei que restringe direitos fundamentais? A pesquisa na literatura pertinente, vasta por sinal, revelou a necessidade de compreender alguns conceitos fundamentais básicos para que se possa dar uma resposta adequada a essa pergunta. Nas próximas páginas, são apresentadas essas noções.

Conforme se verá, um fenômeno que conduz diretamente à idéia de restrição é o da colisão de direitos fundamentais. Segundo Robert ALEXY, a solução ao problema da colisão, bem como ao de muitas outras questões concernentes à dogmática dos direitos fundamentais, depende da natureza que se atribui a esses

248 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 272.

249 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1261.

direitos, se de princípios ou de regras²⁵⁰. Isso pressupõe o conhecimento da distinção entre essas duas modalidades de normas.

5.2. DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E O CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ronald DWORKIN alude a essa distinção quando endereça suas críticas ao positivismo, argumentando que o modelo positivista somente considera as normas que têm a peculiaridade de se aplicar no todo ou não se aplicar, apresentando, assim, um caráter estritamente normativo, porque só pode identificar normas, desprezando as diretrizes e os princípios. O jurista norte-americano acredita que os princípios fazem parte do sistema jurídico, a ponto de influírem decisivamente na maneira como os juízes julgam os casos concretos. O Direito constitui-se de regras e princípios, que desempenham funções distintas na regulação das condutas humanas. Os princípios não impõem comportamentos específicos aos destinatários, mas procuram concretizar ideais de justiça e de equidade ou, simplesmente, exigências morais que devem pautar os comportamentos em sociedade. Ao contrário das regras, os princípios não operam na forma tudo ou nada, nem estabelecem, *a priori*, as conseqüências que decorrerão das causas anteriormente disciplinadas. O juiz não se encontra condicionado à aplicação dos princípios, o que lhe confere a possibilidade de optar por novo caminho que melhor se ajusta às peculiaridades do caso. Não se descarta, obviamente, a existência de outros princípios, que permitem ao juiz decidir em sentido distinto. Os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância, de forma que o conflito entre dois princípios somente pode ser resolvido quando se atenta para o peso ou importância de cada qual para a solução do litígio. A escolha de um princípio de maior peso para motivar a decisão não invalida o princípio oposto, que será eventualmente

250 ALEX Y, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 74.

utilizado em outras situações²⁵¹.

Na teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXY, as regras e os princípios são espécies do gênero norma, porque ambos dizem o que se deve fazer, ou seja, podem ser formulados através de expressões referentes a preceito, permissão ou proibição. Existem vários critérios de distinção entre regras e princípios: generalidade (princípios são normas de alto grau de generalidade, ao contrário das regras), determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de criação, o caráter explícito do conteúdo valorativo, referência à idéia de direito, importância para o ordenamento jurídico, fundamentos de regras ou regras mesmas. Para o autor alemão, a diferença entre regra e princípio é qualitativa, e não de grau. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são preceitos de otimização que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridas em diferentes graus, e a medida devida de seu cumprimento depende, não somente das possibilidades reais, como também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras opostos. Por outro lado, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, ou seja, elas contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.²⁵²

As normas restritivas de direitos fundamentais podem ser do tipo regra ou princípio. Uma regra constitucional é uma restrição de um direito fundamental quando, com sua vigência, faz aparecer uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo, no lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito jusfundamental *prima facie*. É o que ocorre, por exemplo, com a entrada em vigor da regra que estipula a obrigação de uso de capacetes aos motociclistas; trata-se de uma restrição de um direito fundamental, pois antes dela, o indivíduo tinha a liberdade jusfundamental *prima facie* de usar ou não capacete, liberdade essa que foi

251 DWORKIN, Ronald M. *The Philosophy of Law*. New York: Oxford, 1977, p. 43-49.

252 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 82-87.

substituída pela não-liberdade definitiva de igual conteúdo, de usar ou não o capacete. Outro exemplo, aplicável agora a um não-direito definitivo, é a regra que permite aos comissários das câmaras de artes e ofícios entrar em escritórios por motivo de inspeção e exame; a introdução dessa regra substituiu o direito *prima facie* conferido aos indivíduos a que os comissários não entrem em seus escritórios por um não-direito definitivo de igual conteúdo, o que faz dessa regra uma restrição de um direito fundamental.²⁵³

Ao lado das regras, os princípios, como espécies que são do gênero norma, podem constituir restrições de direitos fundamentais. A diferença, em relação às regras, é que os princípios não podem, por si só, estabelecer restrições na forma de não-liberdades ou não-direitos definitivos; as restrições definitivas devem resultar da ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe. Nesses termos, um princípio é uma restrição de um direito fundamental sempre que houver uma razão para que, no lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, apareça uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo²⁵⁴.

Do acima exposto, pode-se concluir que, em suma, os princípios são sempre razões *prima facie*; as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são razões definitivas. Entretanto, Robert ALEXYY releva que, quando se trata de direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regras, eles reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico a que visam proteger; daí o caráter principiológico das normas de direito fundamental²⁵⁵.

O jurista alemão contrapõe a teoria dos princípios à teoria das regras para demonstrar que a primeira opção é a que oferece a melhor solução para o problema da

²⁵³ Ibid., p. 273-275.

²⁵⁴ Ibid., p. 275-276.

²⁵⁵ Ibid., p. 135.

colisão de direitos fundamentais; ele qualifica de teoria das regras a que afirma que catálogos de direitos fundamentais consistem somente de regras, enquanto que, pela teoria dos princípios, os direitos fundamentais contêm uma estrutura de regras, porém, o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios, ou seja, atrás e ao lado das regras estão os princípios²⁵⁶. A teoria das regras fornece três alternativas para a solução de colisão de direitos fundamentais: a declaração de pelo menos uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa; a declaração de pelo menos uma das normas como não-aplicável ou correspondente; e a inserção livre da ponderação de uma exceção em uma de ambas as normas. A primeira solução é inaceitável, visto que estão em jogo normas com hierarquia constitucional e constituições devem ser levadas a sério. A segunda é resultado de um esforço de interpretação restritiva de uma das normas, o que pode não evitar a ocorrência de colisões dependendo da interpretação que se lhe dê. A introdução de exceções às normas colidentes, correspondente à terceira alternativa, levaria a uma série infinita de exceções, o que desqualifica o próprio significado de exceção. A grande vantagem da teoria dos princípios é que ela pode evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento; por essa teoria, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação, que corresponde ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, como se verá adiante.

Compreendido, pois, que os direitos fundamentais expressam-se através de princípios, e considerando a natureza aberta e indeterminada deles, torna-se natural a indagação acerca do seu conteúdo, questão essa que se encontra imbricada com o conceito de restrição. Levando-se em conta a inserção dos direitos fundamentais no contexto do Direito Constitucional, um estudo analítico das restrições deve considerar o seu posicionamento relativamente ao texto constitucional. Nesse sentido, Robert ALEXYY distingue as restrições de direitos fundamentais diretamente constitucionais

256 Ibid., p. 75.

das indiretamente constitucionais²⁵⁷.

5.3. RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIRETA E INDIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS

Nas restrições de direitos fundamentais diretamente constitucionais a norma restritiva deriva diretamente da Constituição, manifestando-se através de cláusulas restritivas, que podem ser expressas ou tácitas; um exemplo de cláusula restritiva diretamente constitucional expressa é a expressão “pacificamente e sem armas”, que restringe a realização do princípio jusfundamental *prima facie* da liberdade de reunião, substituindo-o por um não-direito definitivo, e apresenta a peculiaridade de ter sido formulado pelo próprio legislador constitucional. Exemplos de cláusulas restritivas diretamente constitucionais tácitas são os princípios de direito fundamental de terceiros que entrem em colisão, assim como outros princípios constitucionais, outros valores jurídicos de *status* constitucional²⁵⁸.

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas autorizadas pela Constituição, e que se expressam através de leis. As autorizações aparecem na forma de cláusulas de reserva de lei explícitas, que são disposições jusfundamentais que concedem expressamente intervenções, restrições ou limitações²⁵⁹. As reservas de lei não são restrições, mas apenas fundamentam a possibilidade jurídica de restrição ou a restringibilidade dos direitos fundamentais; nessa condição, são normas dirigidas ao

257 Wilson Antônio STEINMETZ esclarece que, para outros autores alemães, o que Robert ALEXY denomina restrições diretamente constitucionais não seriam propriamente restrições, mas uma espécie de limites internos, porque são casos em que o exercício do direito não pertence ao âmbito jurídico específico do direito fundamental concreto, configurando uma situação de não-direito; em outras palavras, os limites internos seriam mais propriamente elementos constitutivos de parte do suposto de fato - STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

258 ALEXY, R. Teoria de..., Op. cit., p. 276-285.

259 Id.

legislador; por outro lado, as restrições propriamente ditas, que se expressam através das leis introduzidas no ordenamento jurídico, são normas de mandato ou proibição dirigidas ao cidadão²⁶⁰. Alude-se, assim, aos direitos fundamentais sujeitos à reserva de lei restritiva²⁶¹.

O problema que surge com as cláusulas de reservas refere-se à sua delimitação. Nessa questão, Robert ALEXY rejeita a tese segundo a qual as reservas conferem ao legislador somente a competência para interpretar as restrições, que já existiriam em virtude da Constituição. Caso assim fosse, desapareceriam totalmente as diferenças entre as restrições diretamente e indiretamente constitucionais, tendo estas um caráter puramente declaratório e nunca constitutivo. Uma debilidade essencial dessa teoria interpretativa das reservas é a existência de numerosos casos em que o legislador pode decidir se impõe ou não restrições. Para Robert ALEXY, as reservas não existem somente para que o legislador verifique o que já vale, existindo, portando, uma competência constitutiva do legislador para impor restrições, o que lhe permite, em certos casos, ser mais favorável aos direitos individuais, em detrimento dos bens coletivos, adotando uma posição mais generosa do que teria que ser²⁶².

As ponderações do autor, acima expostas, refletem a complexidade em torno da delimitação das reservas legais. Há também os casos opostos aos que conferem plena competência constitutiva do legislador, em que ele não possui muita liberdade para constituir restrições ao direito, porque já está previamente vinculado a meios ou a fins específicos. Justifica-se, portanto, uma análise, ainda que breve, da tipologia das reservas de lei.

260 STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 33.

261 Deve-se observar que nem toda remissão à lei pelas normas constitucionais compreende uma autorização de restrição, havendo casos que indicam necessidade de conformação do direito previsto, em que a lei ordinária complementa, precisa ou define o conteúdo de proteção de um direito fundamental, ou atribui-lhe uma disciplina jurídica; Suzana de Toledo BARROS exemplifica com o inciso XXXII do art. 5º, segundo o qual “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*” - BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 161.

262 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 284-285.

5.4. TIPOS DE RESERVAS DE LEI

A doutrina classifica as reservas de lei nas modalidades simples e qualificada, levando-se em conta o grau de autonomia concedido ao legislador para exercer o que ALEXY chamou de competência constitutiva, conforme visto anteriormente.

A reserva de lei ordinária, também denominada de simples reserva legal ou simples restrição legal, é aquela que autoriza o legislador a impor restrições a direito fundamental, por ela indicado, sem fixar pressuposto e/ou objetivo a ser observado pelo legislador²⁶³. Gilmar Ferreira MENDES precisa que elas aparecem quando a norma constitucional se limita a reclamar que eventual restrição seja prevista em lei, conforme se verifica na proteção que a Constituição Federal concede aos locais de culto e suas liturgias (artigo 5º, VI)²⁶⁴.

Na reserva de lei qualificada, também conhecida como reserva legal ou restrição legal qualificada, a autorização de restrição exige o atendimento de determinados pressupostos ou a persecução de determinados objetivos²⁶⁵. Elas ocorrem quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo também as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados; são os casos da liberdade de exercício profissional (artigo 5º, XIII da Constituição Federal) e

263 STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 34.

264 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38.

265 STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 35.

do sigilo da correspondência (artigo 5º, XII da Constituição Federal)²⁶⁶.

Observa-se assim que nas reservas de lei simples, o legislador dispõe de ampla discricionariedade, pois não deve obedecer a nenhuma condição especial; tal não ocorre nas reservas de lei qualificadas, em que o legislador se encontra vinculado a determinados pressupostos, o que limita a sua liberdade para efetuar restrições. Suzana de Toledo BARROS adverte que não há regra para estipular-se o grau de autonomia atribuído ao legislador, levando-se em conta a multiplicidade de situações na justificação de uma interferência legal aos direitos fundamentais. Mesmo quando o texto constitucional delimita a intervenção na esfera dos direitos fundamentais, especificando certas condições ao legislador, nem sempre há determinação global desses limites²⁶⁷.

Conhecido o mecanismo pelo qual as restrições aos direitos fundamentais são autorizadas pela Constituição, que opera mediante as reservas legais, cabe investigar se o legislador tem competência para estabelecer restrições em casos de ausência de reserva legal. As consequências de uma resposta afirmativa a essa questão guardam estreita relação com aquilo que a doutrina denomina de limites imanes dos direitos fundamentais, conforme se verá a seguir.

5.5. RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SEM RESERVA DE LEI: OS LIMITES IMANENTES

A idéia de reserva legal, como espécie de instrumento autorizador de restrição endereçado ao legislador, poderia conduzir à enganosa conclusão de que há direitos fundamentais diante dos quais o legislador se encontra proibido de editar

²⁶⁶ MENDES, G. F., Op. cit., p. 38.

²⁶⁷ BARROS, S. T., Op.cit., p. 162-163.

normas de conteúdo tendente a restringi-los. A melhor doutrina, entretanto, sustenta a tese oposta²⁶⁸.

Na doutrina de ALEXY, os direitos fundamentais sem reserva de lei não são restringíveis apenas *prima facie*, pois nem tudo que cai sob o suposto fático de uma norma de direito fundamental sem reserva está protegido definitivamente, podendo ocorrer casos concretos em que um direito fundamental colida com outro ou com um bem constitucionalmente protegido; nessas hipóteses, a restrição surge como resultado de uma ponderação de bens²⁶⁹. Para CANOTILHO, “os limites imanes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia”²⁷⁰. Suzana de Toledo BARROS argumenta que é quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de outrem; deve-se supor, em decorrência de uma teoria constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais, que o legislador tenha uma implícita autorização para regular conflitos envolvendo o exercício de direitos colidentes, da mesma forma que, nos casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelecê-los²⁷¹.

Wilson Antônio STEINMETZ assim discorre sobre a tese acima defendida:

268 Essa posição não é unânime, conforme pesquisou Wilson Antônio STEINMETZ, citando o constitucionalista, filósofo e teórico geral do Direito Friedrich MULLER, que entende que o legislador não pode intervir nesses casos, pois nenhum dos poderes públicos pode limitar direitos garantidos sem reserva de lei, cuja ausência não pode dar lugar a considerações metapositivas ou sobrepositivas. O autor comenta também a constituição portuguesa, que contém uma espécie de reserva geral de lei prevista em seu art. 18.2, com o seguinte teor: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na constituição”; entretanto, há autores portugueses que afastam a tese da impossibilidade de restrição de direitos sem reserva legal, com fundamento no art. 29.3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que autoriza a ação legislativa restritiva de direitos exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática - STEINMETZ, W. A., Op. cit., p. 58-59.

269 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 119-124

270 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e...*, Op. cit., p. 1264.

271 BARROS, S. T., Op. cit., p.164-165.

O legislador poderá instituir limites aos direitos fundamentais sem reserva de lei porque tais limites são imanentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição como um todo, limites que derivam da conexão interna entre os diferentes direitos fundamentais e/ou bens constitucionais em razão de uma virtual ou potencial tensão por ocasião do exercício destes direitos por diferentes titulares. São limites que estão implícitos no sistema, basta explicitá-los ou concretizá-los. [...] O fato de o constituinte, em alguns direitos fundamentais, ter estabelecido restrições diretas e, em outros, ter autorizado, mediante reserva de lei, restrição legislativa, com a finalidade de proteger direitos de terceiros e bens de toda a coletividade, não eliminou a possibilidade de conflitos de direitos e bens na vida prática, e, por conseguinte, a necessidade de o legislador ordinário instituir restrições que não aquelas já determinadas direta e indiretamente pelo legislador constituinte, ou, em outros termos, a necessidade de o legislador antecipar-se aos virtuais conflitos por ocasião do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares, ameaçando a harmonia e a concordância prática destes direitos fundamentais. [...] A construção, no plano dogmático, de uma teoria dos limites imanentes é consequência de possíveis situações concretas de conflito de direitos, cuja decisão requer uma harmonização dos direitos e bens em jogo.²⁷²

A idéia de limites imanentes pressupõe a existência de um núcleo essencial do direito fundamental. Gilmar Ferreira MENDES assim expressa essa idéia: “*a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas. Caso se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador.*”²⁷³.

Uma consequência importante da natureza de princípio dos direitos fundamentais é a inevitabilidade da ocorrência de colisões entre eles. A impossibilidade de as normas de direito fundamental fixarem um conteúdo fechado de garantias, o que decorre do próprio conceito de princípio, aliada à multiplicidade de relacionamentos que a vida moderna oferece aos indivíduos, têm como consequência inexorável a produção de colisões entre os direitos fundamentais. Importa, assim, compreender esse fenômeno.

272 STEINMETZ, W. A., Op. cit., p. 43-45.

273 MENDES, G. F., Op. cit., p. 39

5.6. O FENÔMENO DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão está intimamente ligada à natureza principiológica dos direitos fundamentais. Essa idéia é assim sintetizada por Karl LARENZ: *“os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada”*²⁷⁴.

ALEXY analisa as colisões de direitos fundamentais sob o ponto de vista estrito e amplo. As colisões em sentido estrito ocorrem quando o conflito envolve exclusivamente direitos fundamentais; se o conflito ocorre entre um direito fundamental e um bem coletivo, tem-se colisão em sentido amplo²⁷⁵.

As colisões em sentido estrito podem existir entre direitos fundamentais idênticos ou distintos. Um exemplo do primeiro tipo é a questão de que o Estado possa ordenar que nas salas de aula seja colocada uma cruz, em que colidem a liberdade de crença dos cristãos e dos não-cristãos; julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, determinou-se a proibição da colocação da cruz, com fundamento na neutralidade político-religiosa. Casos importantes de colisão de direitos fundamentais distintos são aqueles que envolvem direitos de liberdade e igualdade; a proibição total de discriminação conduz a inevitáveis colisões, por exemplo, entre a autonomia privada do empregador e a direito de tratamento igual do empregado.

A colisão em sentido amplo decorre de uma tensão entre um direito fundamental e um bem coletivo. Sucedem-se quando interesses individuais, tutelados por direitos fundamentais, contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela Constituição. Somente a necessidade de salvaguardar os bens coletivos

²⁷⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 491.

²⁷⁵ ALEXY, R. Colisão de..., Op. cit., p. 69.

constitucionalmente previstos justifica a restrição de direitos fundamentais, quando colidentes com valores comunitários, como é o caso das seguintes situações: saúde pública (artigo 6º) e direito de livre locomoção (artigo 5º, XV), patrimônio cultural (artigo 216) e direito de propriedade (artigo 5º, XXII, todos da Constituição Federal) *etc*²⁷⁶. Nesse mesmo raciocínio, CANOTILHO pondera que:

A restrição só é legítima se for exigida pela salvaguarda de outro direito fundamental ou de outro interesse constitucionalmente protegido. [...] bens jurídicos relevantes para este efeito não são todos e quaisquer bens jurídicos (mesmo os declarados importantes pelo legislador), mas apenas aqueles que a Constituição e a ordem constitucional elegeram como particularmente valiosos e expressamente consideraram como dignos de especial reconhecimento e proteção constitucional.²⁷⁷

ALEXY analisa a solução para o fenômeno da colisão de direitos fundamentais de forma racional, construindo, para tanto, uma estrutura lógica de relação de precedência condicionada entre os princípios, da qual extrai-se o que ele denomina de lei de colisão. Essa construção teórica tem como pressuposto básico a distinção entre regras e princípios e o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Um conflito de regras só pode ser solucionado introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção, que elimina o conflito ou declarando inválida pelo menos uma das regras. Na colisão de princípios, um deles deve ceder diante de outro; entretanto, isso não significa que um deles seja inválido ou que tenha uma cláusula de exceção. Nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes, prevalecendo aquele de maior peso. Ao contrário do que ocorre no conflito de regras, cuja solução se dá na dimensão da validade, a colisão de princípios resolve-se pela dimensão do peso. A solução da colisão entre princípios leva em conta as circunstâncias do caso, estabelecendo-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada, que

²⁷⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 1996, p. 94.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991, p. 122 e 136.

consiste em, levando-se em consideração o caso, indicar-se as condições sobre as quais um princípio precede a outro; sob outras condições, a questão de precedência pode ser solucionada de forma inversa. A relação de precedência condicionada também estabelece as condições sobre as quais se produz uma lesão a um direito fundamental. Assim, considerando que uma determinada ação que provoca lesão a um direito fundamental é proibida, pode-se formular a seguinte regra: *“se uma ação satisfaz determinadas condições, então pesa sobre ela uma proibição fundamental”*. A condição de precedência desempenha, portanto, um duplo papel: a) determina as condições de uma relação de precedência; b) estabelece um pressuposto de um suposto de fato de uma norma. Dadas certas condições, então valem as conseqüências jurídicas resultantes da preferência de um princípio sobre outro; conseqüentemente, vale uma regra que prescreva a conseqüência jurídica do princípio que tenha preferência, dadas aquelas condições²⁷⁸. ALEXY formula a lei de colisão nos seguintes termos: *“as condições, sobre as quais um princípio precede a outro constituem o pressuposto de fato de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente”*²⁷⁹.

A partir dessa estrutura lógica, ALEXY justifica, racionalmente, a existência de leis restritivas de direito fundamental, como resultado da ponderação de um conflito de princípios, ou da colisão de direitos fundamentais, que estabelece as conseqüências jurídicas do princípio que tem precedência, sendo essa precedência condicionada às circunstâncias que constituem o pressuposto de fato dessa lei. A ponderação sugerida pelo jurista é um método que corresponde ao terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, que a doutrina criou como forma de instrumento de controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais.

278 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 90-94

279 Tradução livre do original: *“Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.”* - ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 94.

5.7. A SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA COLISÃO: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É notória a importância do princípio da proporcionalidade, quando se leva em conta a função que desempenha junto aos tribunais constitucionais na resolução de colisões de direitos fundamentais; sua utilização tem sido, assim, decisiva na “*aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera da liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais*”²⁸⁰.

Os contornos desse princípio, na forma como são conhecidos atualmente, foram conformados pela doutrina constitucional alemã, a partir da segunda guerra mundial, que transpôs para o direito constitucional as teorias de limitação de poder de polícia do direito administrativo francês, solidificando a idéia de limitação também do poder legislativo na tarefa de realização dos direitos fundamentais²⁸¹. Esse princípio vem sendo largamente utilizado pela Corte Constitucional alemã no controle das leis restritivas de direitos, com grande repercussão nos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Áustria, e, mais recentemente, no Brasil, por influência dos constitucionalistas portugueses²⁸². Tem sido vasta sua aplicação no Supremo Tribunal Federal brasileiro²⁸³.

280 BARROS, S. T., Op. cit., p. 23.

281 Ibid., p. 42-43.

282 Ibid., p. 45.

283 Humberto Bergmann ÁVILA cita uma série de casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com base no princípio da proporcionalidade: lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, por imposição de ônus excessivo às companhias e possibilidade de proteção dos consumidores por forma menos restritiva; criação de taxa judiciária, de percentual fixo, por poder inviabilizar o exercício do direito fundamental de prestação jurisdicional e não ser razoavelmente equivalente ao custo real do serviço; constrangimento do pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA por afronta à dignidade pessoal; aplicação de circunstância legal agravante como critério de fixação da pena-base, que ofende o princípio da proporcionalidade entre a agravante e a pena aplicada. - ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 151-152.

O fundamento do princípio da proporcionalidade tem suscitado várias discussões doutrinárias. Discute-se se esse princípio é de natureza material ou formal. Um dos autores que encontram conteúdo material nesse princípio é Karl LARENZ, que entende que ele “*decorre diretamente da noção de justiça, da justa medida, da moderação, e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade*”²⁸⁴. ALEXY parece alinhar-se entre os que conferem natureza formal a esse princípio, ao dizer que “*todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais e essas, novamente, do princípio da proporcionalidade*”²⁸⁵. Uma questão mais relevante refere-se à fundamentação normativa desse princípio, levando-se em consideração que ele não se encontra expressamente previsto na maioria das constituições modernas, inclusive na brasileira. Wilson Antônio STEINMETZ assevera que a ausência de expressa referência no texto constitucional não implica a impossibilidade de fundamentação, havendo apenas a necessidade de um esforço dogmático maior para demonstrar que o princípio é um postulado constitucional implícito, tão válido quanto se escrito fosse²⁸⁶.

A doutrina alemã concebeu o princípio da proporcionalidade sob a forma de uma estrutura que se decompõe em três princípios parciais, ou subprincípios: a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação ordena que se verifique se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido²⁸⁷. A indagação que deve ser feita é: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido? Na perspectiva da adequação não se discute o grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado; a questão sobre a escolha do melhor meio entra na órbita do princípio da

284 LARENZ, K., Op. cit., p. 501.

285 ALEXY, R. Colisão de..., Op. cit., p. 77.

286 STEINMETZ, W. A., Op. cit., p. 159.

287 Ibid., p. 149.

necessidade. O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito negativamente, ou seja, anula-se uma lei restritiva de direitos apenas quando, inequivocadamente, apresentar-se como inidônea para alcançar seu objetivo²⁸⁸. Para José Joaquim Gomes CANOTILHO, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para, e conforme os fins justificativos da sua adoção, isso é, trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim²⁸⁹.

Na aplicação do princípio da necessidade, parte-se do pressuposto de que a medida restritiva é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental, e que não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Na hipótese de existência de vários meios idôneos, o princípio da necessidade ordena que a escolha recaia sobre o menos gravoso ao exercício do direito fundamental. O juízo da necessidade de uma medida restritiva é realizado positivamente, pois o juiz deve indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas entre os vários meios adequados ao fim colimado²⁹⁰. No dizer de Paulo BONAVIDES, *“de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo o princípio da necessidade ser também chamado de princípio da escolha do meio mais suave.”*²⁹¹

Um juízo de adequação e de necessidade, muitas vezes, não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada, porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é traduzido como uma lei de ponderação, que ALEXY assim formula: *“quanto mais intensa é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as*

288 BARROS, S. T., Op. cit., p. 74.

289 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e...**, Op. cit., p. 270.

290 Ibid., p. 77-78.

291 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 362.

razões que a justificam.”²⁹². Trata-se, portanto, da ponderação de bens propriamente dita, porque proclama a valoração e ponderação recíproca de todos os bens envolvidos, levando-se em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso; assim, o exame da relação de proporcionalidade entre a decisão normativa e a finalidade perseguida é feito observando-se os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental que restringe²⁹³. Segundo ALEXY, os princípios são mandatos de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas; o princípio da proporcionalidade em sentido estrito cuida da otimização das possibilidades jurídicas, enquanto que os princípios da adequação e da necessidade tratam da otimização no âmbito do fático²⁹⁴.

A idéia da ponderação, sistematizada no princípio da proporcionalidade, não é isenta de críticas. O próprio reconhecimento da possibilidade do dissenso pode ser motivo para uma crítica sustentada no subjetivismo irracional, incompatível com a segurança jurídica²⁹⁵. É certo que há casos de colisões cuja solução não é tão simples, como nas situações em que tanto a intervenção é muito intensiva como também as

292 Segundo ALEXY, a ponderação deve suceder em três fases: determinação da intensidade da intervenção, análise da importância das razões que justificam a intervenção, e a ponderação propriamente dita. O jurista ilustra a aplicação da ponderação em dois casos concretos: o caso tabaco e o caso padeiro. No primeiro, o dever legal da indústria de tabacos de colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos é uma intervenção no direito fundamental da liberdade de exercício profissional, que colide com o bem coletivo saúde; essa intervenção tem uma intensidade muito pequena, podendo a indústria continuar ativa, enquanto que as razões para a contenção dos prejuízos relativos à saúde causados pelo fumo são mais graves; a ponderação conduz, quase obrigatoriamente, à solução da colisão: a intervenção na liberdade de profissão é constitucional. No caso padeiro, hipoteticamente, proíbe-se aos padeiros a produção de doces, cucas e tortas, sob a alegação de que fazem mal à saúde; essa proibição intervém muito intensamente na liberdade de profissão do padeiro, porque o adocicimento dos dentes pelo consumo dos doces tem peso mediano; assim, a regulação proibitiva seria inconstitucional - ALEXY, R. Colisão de..., Op. cit., p. 78.

293 STEINMETZ, W. A., Op. cit., p. 149.

294 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 112-113.

295 Um exemplo disso é a seguinte objeção feita pelo jurista alemão Friedrich MULLER, citado por Wilson Antônio STEINMETZ: “*tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista da hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas*” - Apud STEINMETZ, W. A., Op. cit., p. 200.

razões que a justificam são muito graves. Nessas hipóteses, outros argumentos tornam-se necessários, sendo bem plausível o dissenso sobre a solução. Para ALEXY, isso não é uma objeção contra a ponderação, senão uma qualidade universal de problemas práticos ou normativos²⁹⁶. O autor reconhece que a ponderação inclui juízos valorativos, o que não impede a possibilidade de fundamentação racional das decisões de ponderação; negar racionalidade à ponderação por ela conter valoração significa negar racionalidade àquilo que, em grande parte, constitui a tarefa da atividade jurídica, eis que, de um modo geral, a fundamentação jurídica inclui valorações²⁹⁷.

296 ALEXY, R. *Colisão de...*, Op. cit., p. 78.

297 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 165.

6. A PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

6.1. INTRODUÇÃO

Nesse capítulo, apresentaremos o bem jurídico que fundamenta a quebra do sigilo bancário pela administração tributária: o princípio da isonomia, que, aplicado ao domínio tributário, especializa-se no princípio da capacidade contributiva.

A igualdade na imposição de tributos é um princípio que assume elevada importância em países de alta concentração de renda, como o Brasil²⁹⁸. É possível comprovar a diferença de aplicação desse princípio, em função da maior ou menor distribuição de riquezas de um país. Na doutrina européia, ao contrário do que aqui sucede, não são poucos os que criticam a progressividade do imposto de renda, em benefício da proporcionalidade²⁹⁹. Alain STEINCHEN, professor do *Centre Universitaire de Luxembourg*, acredita que o Estado de direito social, que exige evidentemente o recurso ao princípio da capacidade contributiva, satisfaz-se com as taxas proporcionais, que constituem, antes de tudo, uma regra de sabedoria em vista da arbitrariedade das taxas progressivas; a busca da igualdade a todo custo torna-se, assim, destruidora de todos os valores culturais, da liberdade individual e da eficácia

298 Levantamento realizado pela Secretaria da Receita Federal em 2001 indica que “*Refletindo a concentração de renda observada na sociedade brasileira, o universo de declarantes do IRPF também apresenta uma visível estratificação. Em 1999, cerca de 11 milhões de contribuintes apresentaram a declaração à SRF, entretanto apenas 40% desse total apresentaram imposto devido. Ou seja, todo o imposto de renda devido concentra-se em cerca de 4,3 milhões de contribuintes. Ademais, 80% do imposto é devido por cerca de 10% dos declarantes, que auferiram renda tributável líquida anual superior a R\$ 30 mil.*” - SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. *Considerações sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física no Brasil*. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em 01 jul. 2004.

299 A respeito da diferença entre proporcionalidade e progressividade, ensina Sacha Calmon Navarro COELHO que, nesta, quanto maior for a base de cálculo do imposto, maiores são as alíquotas, visando a satisfazer o princípio axiológico da capacidade contributiva das pessoas físicas e jurídicas, aplicando-se sobre os impostos diretos sobre a renda e sobre patrimônios. A proporcionalidade se perfaz com espedeque numa só alíquota, portanto, fixa. Deduz-se que, nos impostos diretos sobre a renda e patrimônios, a utilização da tributação proporcional é iníqua. Nos impostos indiretos sobre o consumo, a proporcionalidade consagra uma orientação de neutralidade da tributação - COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Princípios constitucionais tributários e reforma fiscal*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo. n.61. p.123-8. 1992, p. 123-124.

social, podendo até mesmo provocar tensões sociais³⁰⁰.

A despeito do aparente antagonismo entre essa posição e a sustentada majoritariamente pelos autores nacionais, em defesa da progressividade do imposto sobre a renda, até porque prevista constitucionalmente, é possível compreender que ambas se justificam. A progressividade destina-se, essencialmente, a promover uma redistribuição de renda entre os membros da sociedade. O problema da concentração de renda, uma das mazelas mais evidentes do Brasil, não afeta significativamente aqueles países, o que lhes retira a essencialidade de tal política fiscal, mas que se afigura absolutamente imprescindível entre nós. Essa reflexão demonstra a preeminência do dar-se efetividade a esses princípios, que são afirmações do princípio da isonomia.

Antes de adentrar ao tema da isonomia, torna-se apropriado compreender noções acerca da legitimidade do imposto e da conformação do estado fiscal.

6.2. A JUSTIÇA DO TRIBUTO

Para Michel BOUVIER, professor da *Université de Paris I Panthéon-Sorbonne*, imposto legítimo é aquele que aparece como justo e necessário, sendo que a dificuldade apresentada pela noção de justiça fiscal reside na impossibilidade de associá-la a uma referência objetiva. O problema de fundo é, sobretudo, que não existe uma medida comum que permita uma segura definição da justiça em geral e da justiça tributária em particular³⁰¹.

300 STEINCHEN, A., Op. cit., p. 271-272.

301 BOUVIER, Michel. La question de l'impôt idéal. In: L'impôt. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002, p. 18. Impossível aqui deixar de citar Kelsen, cujas idéias, como se sabe, são invariavelmente criticadas por aqueles que rejeitam a Teoria Pura do Direito. Uma de suas teses, contudo, parece incontestável: a essência da justiça não pode ser respondida por cognição racional, já que se trata de um julgamento de valor que possui validade somente para quem julga, possuindo, portanto, caráter relativo - Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 13. Segundo o jurista austríaco, uma das características principais do homem é a necessidade de justificação ou de racionalização

Há diferentes formas de representar a justiça tributária. A doutrina francesa reproduz, no plano tributário, a contraposição, formulada por ARISTÓTELES, entre a justiça comutativa e a distributiva. A primeira consiste em estimar que cada um deve pagar a mesma porção, sob forma, por exemplo, de um imposto de captação, sem que seja indispensável se preocupar com a situação particular dos contribuintes; trata-se de uma concepção aritmética, que repousa sobre a idéia de que a justiça se identifica com a legalidade estrita entre contribuintes com respeito ao sacrifício a consentir, sem consideração das desigualdades econômicas ou sociais existentes eventualmente entre esses contribuintes. Esses impostos possuem atualmente pouca aceitação e são susceptíveis de provocar fortes movimentos de descontentamento. A justiça distributiva apóia-se sobre uma proposta proporcionalista, pela qual as riquezas devem ser repartidas em função dos méritos de cada um, ou seja, os indivíduos devem contribuir para a sociedade proporcionalmente ao que dela recebem, de forma que a carga de imposto é mais ou menos onerosa segundo o contribuinte aproveite mais ou menos da riqueza produzida. O sistema tributário mais conforme a esse tipo de lógica é aquele baseado nos impostos sobre o consumo, a respeito do qual Thomas HOBES já se manifestava em 1651: *“quando os impostos são baseados sobre aquilo que as pessoas consomem, cada um deve pagar igualmente por aquilo que ele utiliza, e a*

de sua conduta perante si mesmo e seus semelhantes, o que explica a existência de várias teorias a respeito da justiça, que se resumem a duas correntes: metafísico-religioso e racionalista, ou pseudo-racionalista, sendo PLATÃO representante da primeira e ARISTÓTELES da segunda. PLATÃO baseia sua concepção de justiça em sua doutrina de idéias, que pertencem a um mundo inacessível ao homem. O valor fundamental dessa filosofia é o bem absoluto, que inclui a justiça; Kelsen verifica na obra de PLATÃO várias tentativas de resposta ao que seja aquele valor, mas sem nenhuma conclusão definitiva. PLATÃO acreditava na impossibilidade de um conhecimento abstrato do bem absoluto, do qual só se poderia absorver uma visão através de uma graça divina concedida a poucos. Kelsen conclui que, também na filosofia *platoniana*, é impossível a resposta à questão da justiça, na medida em que ela é concebida como um mistério divino concedido a alguns sendo que nem mesmo eles podem transmitir seu conteúdo. ARISTÓTELES analisa o problema da justiça através de uma ética da virtude em que procura encontrar as virtudes utilizando um método matemático-geométrico. Consiste em considerar que a virtude é o meio-termo entre dois vícios, o da escassez e o do excesso; assim, da mesma forma que na geometria pode-se determinar o ponto médio de dois extremos, na moral as virtudes situam-se entre dois vícios. Kelsen critica esse método pela premissa indiscutível da existência dos vícios e por defini-los com sendo aqueles que a moral tradicional assim os considerava. Assim, sendo uma virtude o oposto de um vício, não há resposta racional à questão do que seja a justiça, já que ela é condicionada ao que seja a injustiça, que é respondida pela moral positiva e pelo direito positivo. Kelsen conclui que se trata de uma filosofia conservadora, na medida em que reforça a validade da ordem social - Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 29-63. No prefácio de obra publicada postumamente, a cargo do Instituto Hans Kelsen, K. Ringhofer e R. Walter afirmam que *“Kelsen reconhece Platão como a mais importante personalidade intelectual que buscou compreender o que seja a ‘justiça’, e desenvolve com ele um diálogo intenso. Examina minuciosamente todos os posicionamentos de Platão, e chega à conclusão de ser, aquilo nos transmite, apenas uma ‘ilusão de justiça’”* – Apud Kelsen, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. xiii-xiv.

*república não é frustrada pelo gasto excessivo de certos particulares. Por qual razão aquele que trabalha muito, consome pouco e economiza os frutos de seu trabalho, seria mais onerado que aquele que gasta totalmente os poucos rendimentos que possui, sendo que um não recebe mais proteção da república que o outro?”*³⁰²

A justiça distributiva comporta diferentes vertentes, segundo a doutrina francesa. O autor citado apresenta a justiça redistributiva, que visa a reduzir as desigualdades de rendas, através de uma redistribuição de riquezas pelo imposto. Por essa óptica, o imposto deve ser progressivo, personalizado e levar em conta a capacidade contributiva do contribuinte. Esse ponto de vista, que começou a se afirmar a partir do fim do século XIX, foi observado durante todo o período do Estado providência; por outro lado, o debate que opõe os impostos progressivos aos proporcionais, ou ainda os impostos diretos aos indiretos, renasce hoje em virtude da renovação das teorias liberais e do desastre dos impostos progressivos sobre a renda, em razão das correções a que têm sido submetido ao longo do tempo. Tomando o exemplo da França atual, as retenções obrigatórias em níveis proporcionais são largamente mais utilizados que aquela em níveis progressivos³⁰³.

Outra derivação da justiça distributiva é a justiça legal, que Alain STEINCHEN concebe como um prolongamento natural daquela, ou a outra face da mesma moeda. A justiça legal visa a determinar o que é devido pelos membros à coletividade, correspondendo à obrigação de cada um dos membros do grupo de contribuir para o bem comum, respeitando os direitos da comunidade a qual eles pertencem. Como a justiça distributiva, ela visa as relações dos membros de um corpo social com relação a esse corpo, com a diferença de que não se trata mais do “direito do membro a”, mas da “obrigação de”, nem de determinar quais critérios os serviços públicos devem seguir quando beneficiam os cidadãos, mas sim de quais critérios

³⁰² Apud BOUVIER, M., Op. cit., p. 19.

³⁰³ Id.

esses últimos devem seguir quando os cidadãos contribuem para o seu financiamento sob forma de impostos, para a defesa nacional pelo serviço militar *etc*³⁰⁴.

As justiças distributiva e legal têm em comum o fato de corresponder a um regime jurídico de subordinação, enquanto que a justiça comutativa corresponde a um regime jurídico de coordenação. As justiças comutativa e distributiva são antitéticas: a primeira é jurídica, conservadora e individualista; a última é política, corretiva e social. Esse antagonismo é o reflexo, no plano do direito tributário, da oposição bem conhecida entre o individualismo e o coletivismo que, em última análise, busca resposta à indagação: a sociedade é feita pelo homem ou o homem é feito pela sociedade? Inserir a justiça tributária na categoria da justiça comutativa constitui evidentemente o reflexo de uma doutrina individualista, pregando a supremacia dos direitos inatos do homem, que o Direito tem por missão proteger. Inversamente, inserir a justiça tributária na família da justiça distributiva significa a afirmação da superioridade do interesse geral sobre o privado, a subordinação do individualismo às finalidades do corpo social. O professor do *Centre Universitaire de Luxembourg* conclui que o caminho a seguir parece consistir em uma fórmula intermediária, associando a proteção do indivíduo e a salvaguarda dos interesses do Estado³⁰⁵.

A escolha de um princípio de justiça que oriente o sistema tributário de um Estado, seja ele de matriz comutativa ou distributiva, não é arbitrária; ela é, antes de tudo, de ordem política. O sistema tributário é parte integrante do sistema político, em que ele aparece como um instrumento que possibilita o atendimento das demandas formuladas pelo conjunto da sociedade. Assim, a cada ideologia política corresponde uma ideologia tributária, e essa tem acompanhado as mudanças ocorridas naquela, conforme demonstra a doutrina francesa acima citada, que associa a justiça comutativa

304 STEINCHEN, Alain. La justice fiscale entre la justice commutative et la justice distributive. In: L'impôt. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 246.

305 Ibid., p. 247-249.

ao Estado liberal e a justiça distributiva ao Estado social³⁰⁶.

6.3. O ESTADO FISCAL E O CUSTO DOS DIREITOS

Para José Casalta NABAIS, apesar de parecer trivial a afirmação de que o Estado tem natureza fiscal, essa característica é recente, pois houve, como há ainda, Estados que claramente se configuram como verdadeiros estados proprietários, produtores ou empresariais. O Estado absoluto do iluminismo foi predominantemente não fiscal, uma vez que seu suporte financeiro foram fundamentalmente as receitas do seu patrimônio e os rendimentos da atividade comercial e industrial por ele próprio assumidos e desenvolvidos em prol do ideário iluminista. Também os Estados socialistas são, quanto aos que subsistem, Estados não fiscais, pois sua base financeira assenta-se essencialmente nos rendimentos da atividade econômica produtiva por eles monopolizada ou hegemonizada, e não em impostos lançados sobre os seus cidadãos, impostos esses em que falta o próprio pressuposto econômico. Finalmente, há certos Estados que, em virtude do grande montante de receitas provenientes, por exemplo, da exploração de matérias primas ou até do jogo, como em Mônaco ou em Macau, podem dispensar os respectivos cidadãos de constituírem, com os rendimentos e patrimônios deles, o seu principal suporte financeiro. Considerando, porém, que o Estado absoluto

306 Alain STEINCHEN traça essa correspondência de forma bastante coerente. A Revolução Francesa pretendeu criar um Estado que garantisse a liberdade da propriedade privada e dos contratos, sem intervenção na economia. Essa ideologia política se traduzia de diferentes formas no plano fiscal: limitação da retenção fiscal, interpretação estrita das leis tributárias, respeito da vida privada do contribuinte *etc.* O imposto tinha a única função de prover o Estado dos meios de financiar suas despesas, tendo sido concebido como uma espécie de preço de segurança, ou seja, o preço dos serviços fornecidos pelo Estado. Essa concepção individualista dos direitos do homem, baseada na idéia de justiça comutativa, não resistiu às correntes reformadoras do século XIX, que convergiam na vontade comum de melhorar a situação das classes menos favorecidas. De comutativa, a justiça torna-se distributiva. Progressivamente, o papel do Estado estende-se a novas missões; se, num primeiro momento pede-se que ele melhore as classes pobres, num segundo momento, passa-se a exigir que ele assegure a segurança, a saúde, o trabalho, a cultura e o lazer. Essa evolução ideológica traduziu-se, no plano tributário, pela aparição de impostos personalizados em níveis fortemente progressivos, permitindo não somente a realização da igualdade de sacrifícios entre os contribuintes, mas sobretudo de redistribuir as riquezas. Ele teve também como consequência o abandono do princípio da equivalência em benefício do princípio da capacidade contributiva - STEINCHEN, A., *Op. cit.*, p. 266-269.

foi ultrapassado com o triunfo do liberalismo e que os Estados socialistas, petrolíferos ou dependentes do jogo não têm peso significativo, pode-se afirmar que o Estado fiscal tem sido, e é, a característica dominante e permanente do Estado moderno, não obstante sua evolução do Estado liberal para o social³⁰⁷.

A idéia de Estado fiscal parte do pressuposto de que há uma separação essencial e irreduzível entre Estado e sociedade. Não uma separação estanque ou absoluta como no Estado liberal oitocentista, mas uma separação que imponha que o Estado se preocupe fundamentalmente com a política, e a sociedade civil preocupe-se fundamentalmente com a economia, o que possibilita uma zona de intersecção das esferas de ação do Estado e da sociedade. A “estadualidade fiscal” significa, pois, uma separação fundamental entre o Estado e a economia, e a conseqüente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto. Só essa separação permite que o Estado e a economia atuem segundo critérios próprios ou autônomos. O Estado orienta-se pelo interesse geral ou comunitário da realização da justiça; a economia, por seu turno, é guiada pelo critério do lucro. O Estado fiscal é assim, um Estado limitado no que concerne ao domínio econômico, o que não significa que ele tenha de ser um Estado a-econômico, como a doutrina e a teoria de Estado do século XIX qualificava o Estado liberal, ou um Estado econômico negativo como por vezes designou-se o Estado oitocentista. Efetivamente, o Estado fiscal não está impedido de assumir-se como um Estado econômico positivo, como é o atual Estado capitalista, reconhecido tanto por *keynesianos* como por neoliberais, uma vez que o que distingue essas doutrinas econômicas, quanto ao aspecto aqui em consideração, é tão somente a defesa de um maior ou menor grau de intervenção e ação econômicas do Estado contemporâneo³⁰⁸.

Uma tese interessante defendida pelo tributarista luso é a de que todos os

307 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 191-194.

308 Ibid., p. 195-203.

direitos têm custos públicos. Todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. O autor rejeita, assim, a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. Do ponto de vista do seu suporte financeiro, pode-se dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos, eis que, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, cujos custos são facilmente identificáveis, mas também os clássicos direitos e liberdades. O motivo de se acreditar que os direitos clássicos são isentos de custos está em que eles assentam-se sobretudo em custos financeiros públicos indiretos, cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula, materializando-se em despesas do Estado com a sua realização e proteção, ou seja, em despesas com os serviços públicos, adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito. Já os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas, com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exata medida dessas despesas, o que faz com que os custos financeiros públicos diretos sejam visíveis a olho nu. Em suma, todos os direitos têm meios financeiros públicos como suporte; dito em outras palavras, dada a natureza fiscal do Estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos.³⁰⁹

O autor português concebe os atuais impostos como um preço que todos os integrantes de uma dada comunidade organizada em Estado, entendido na concepção moderna, pagam para ter a sociedade que têm, isso é, para gozar de liberdade com um mínimo de solidariedade. Para tal, esse preço não pode ser muito elevado, sob pena de

309 NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos dos direitos**. Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em 18 maio 2003, p. 11-14.

perda da liberdade a que ele serve, nem pode ser um preço que se pretenda equivalente ao preço dos serviços públicos que cada contribuinte usufrui, o que afastaria a idéia de solidariedade que está na base de um tal Estado. Visto de forma negativa, a idéia de Estado fiscal tanto exclui o Estado patrimonial, como rejeita a falsa alternativa de um puro Estado tributário. Na verdade, apenas perante um Estado fiscal cujo preço seja aceitável é possível conceber os impostos como um indeclinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos deve honrar³¹⁰.

A partir dessas noções, José Casalta NABAIS constrói sua tese principal, centrada na idéia do dever fundamental de pagar impostos. Nessa óptica, o imposto não pode ser encarado nem como mero poder para o Estado, nem como mero sacrifício para os cidadãos, constituindo, antes, o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em Estado fiscal. Um tipo de Estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação econômico-social, e no primado da auto-responsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento, o seu verdadeiro suporte. Daí que não se pode falar num pretense direito fundamental a não pagar impostos³¹¹.

6.4. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Para Ricardo Lobo TORRES, a igualdade é o mais importante dos princípios jurídicos e o que oferece a maior dificuldade de compreensão ao jurista e ao filósofo do Direito, e assim, não poderia deixar de estar no centro das reflexões do Direito Tributário³¹².

Em comentários à obra de Aliomar BALEEIRO, Misabel DERZI ressalta

³¹⁰ Ibid., p. 15-16.

³¹¹ NABAIS, J. C. *O dever fundamental...*, Op. cit., p. 679.

³¹² TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 260-261.

que a igualdade, a capacidade contributiva, a pessoalidade e a vedação do confisco não são mais princípios implícitos na Constituição de 1988, mas expressos e integrantes dos direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte³¹³. Como bem lembra José Afonso da SILVA, além de inseri-los no rol de direitos e garantias do artigo 5º, o legislador constituinte, preocupado com a satisfação da igualdade material, previu, ainda que de forma programática, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais e a veemente repulsa a qualquer forma de discriminação³¹⁴. Entretanto, como não pode haver igualdade parcelada nem justiça parcelada, pois a Constituição integra as suas partes distintas em um todo harmônico e coerente, a generalidade, a capacidade contributiva e outros valores, ditados pela política econômica e social do País, são desdobramentos de um mesmo e único princípio: o da igualdade³¹⁵.

Roque Antonio CARRAZA preceitua que o princípio da igualdade exige o atendimento de duplo objetivo pelo legislador, tanto na edição quanto na aplicação da lei: a) não discriminação dos contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente; b) discriminação, na medida de suas desigualdades, dos contribuintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente³¹⁶. Tratam-se dos aspectos negativo e positivo desse princípio, de que fala Misabel de Abreu DERZI, sendo que este impõe que o tributo seja quantificado segundo a capacidade contributiva de cada um, que é diversificada, e aquele constrange o legislador a tributar, de forma idêntica, cidadão de idêntica capacidade contributiva³¹⁷.

O lado negativo do princípio da igualdade tributária tem sido mais explorado

313 BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 521.

314 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 211.

315 BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais...**, Op. cit., p. 523.

316 CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 76.

317 DERZI, Misabel de Abreu; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Do Imposto Sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 61.

pela doutrina, talvez por constar expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 150, II. Wagner BALERA pondera que a Constituição é fundamento de validade das regras que se conformam com a diretriz fundamental da isonomia e, por conseguinte, não permitem que sejam criadas discriminações em favor de alguns, em detrimento daqueles que se encontram em idêntica situação econômica e social³¹⁸. Para Sacha Calmon Navarro COELHO, o dispositivo constitucional parece ser mais direcionado ao imposto de renda, visando o constituinte a evitar os privilégios que a Carta de 1967 conferia aos militares, administradores, parlamentares e juízes, que excluía do imposto de renda e proventos as ajudas de custo e as diárias pagas pelos cofres públicos sob a forma de *jetons*, verbas de representação, ajudas para moradia ou transporte *etc.* Conclui o tributarista que o princípio é salutar, pois evita privilégios, contém o legislador, ativa a crítica e a vigilância sociais e entrega ao Poder Judiciário a missão de sedimentá-lo ao longo da *práxis* que se seguirá ao texto constitucional³¹⁹.

A forma positiva da igualdade tributária foi cuidadosamente tratada por Misabel de Abreu DERZI, que se interessou em investigar os casos em que esse princípio prescreve uma atuação positiva do legislador, sendo-lhe vedado deixar de considerar as disparidades advindas dos fatos para conferir-lhes diferenciação de tratamento. A consideração das diferenças advindas dos fatos constitui um dever do legislador, caso contrário, o princípio da igualdade, no sentido material, não teria significado especial para o Direito Tributário. Discordando daqueles que enxergam o princípio da capacidade contributiva sob o ângulo meramente econômico, a autora sustenta a existência de dois marcos limitadores obrigatórios que constroem o legislador a considerar as disparidades advindas dos fatos: o primeiro delimita onde se inicia a capacidade contributiva, sempre a partir da renda mínima indispensável à subsistência; o segundo circunscreve a esfera da capacidade contributiva, delimitando

318 BALERA, Wagner. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 2000, (Pesquisas Tributárias - Nova Série, 6), p. 536-537.

319 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forensc, 1991, p. 329-330.

o ponto máximo além do qual o tributo torna-se confiscatório. A norma tributária que exceder os marcos referidos é inconstitucional, exatamente por ignorar desigualdades³²⁰.

O estudo do princípio da igualdade jamais pode ser prescindir dos ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, pois, como reconhece José Roberto VIEIRA, *“temos por aquele invejável publicista, quiçá o maior débito pelo sábio estudo do conteúdo jurídico deste princípio, em seu pequeno grande livro”*³²¹. Nessa clássica obra, o respeitável jurista sugere alguns critérios de identificação dos desiguais, o que permite avaliar em que medida se pode tratá-los igualmente em função de suas desigualdades. O critério de diferenciação somente se justifica se guardar relação lógica com o tratamento jurídico resultante da aplicação desse critério; assim, a altura pode ser fator discriminante justificável na eleição dos guardas de honra de solenidades militares oficiais, não podendo, porém, balizar candidatos concorrentes a cargo público, por absoluta ausência de nexos lógico entre o critério escolhido e as consequências advindas de sua aplicação. Além disso, legitimidade da discriminação é condicionada à conformidade com os valores constitucionais; vale dizer, não basta a relação de pertinência lógica para validar determinado processo seletivo, eis que os resultados obtidos não podem contrariar disposições do texto maior³²².

Por ser tema de especial relevância para os fins desse estudo, dedicamos um capítulo próprio para refletir sobre o princípio da capacidade contributiva.

6.5. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

320 DERZI, M. de A.; COELHO, S. C. N. *Do Imposto...*, Op. cit., 56-61.

321 VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito (Igualdade e Segurança Jurídica). *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n.54, p.97-99, out./dez. 1990.

O princípio da capacidade contributiva do contribuinte é expressamente albergado pela Constituição Federal, nos seguintes termos³²³:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

6.5.1. Origens do princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva comporta uma noção de igualdade e de justiça, e por essa razão pode ser considerado como uma derivação, no âmbito tributário, do princípio da isonomia, que visa, em última análise, a promoção da justiça tributária. A busca pela tributação justa já era objeto de preocupação dos liberais do século XVIII, entre os quais Adam SMITH, que sustentava que todos deveriam contribuir para as despesas públicas na razão de seus haveres, sendo que, no atendimento ou não dessa máxima, residiria a chamada igualdade ou desigualdade da

322 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-22.

323 Majoritariamente, os autores diferenciam as expressões capacidade econômica e capacidade contributiva. Para Agostinho Toffoli TAVOLARO a primeira significa a idoneidade econômica para suportar o pagamento de tributos sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana; a última corresponde à possibilidade de o contribuinte satisfazer sua obrigação de imposto dentro dos limites que, à exação fiscal, impõe a Constituição - TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Capacidade Contributiva*. In: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14), p. 197-198.

tributação³²⁴. Entretanto, foi no Estado do bem estar social que esse princípio foi assumido como política tributária tendente a concretizar a igualdade material. Ao contrário do período liberal, em que a imposição tributária era realizada segundo a justiça comutativa e o princípio da equivalência, na era do Estado providência, prevalecia a justiça distributiva, concretizável pelo princípio da capacidade contributiva, como forma de igualar os sacrifícios entre os contribuintes e promover a redistribuição de riquezas. O imposto deixa de ter como fundamento uma contraprestação do Estado, passando a ser a realização do dever social que cada um deve cumprir, na medida de suas possibilidades; o sistema tributário torna-se a expressão da solidariedade nacional onde a equivalência de prerrogativas individuais deve ceder diante das obrigações no âmbito da totalidade social. O Estado social determina os bens públicos e outros serviços que ele entende beneficiar seus membros; uma parte de seus serviços é destinada a garantir a toda pessoa um certo nível de vida compatível com a dignidade humana; como certas pessoas não podem contribuir para o financiamento dos gastos orçamentários, a exigência do imposto deve ser efetivada segundo o princípio da capacidade contributiva: “*de cada um segundo suas possibilidades*”³²⁵.

Analisando-se o princípio da capacidade contributiva nas constituições brasileiras, pode-se afirmar que o direito pátrio acompanhou a tendência de afirmação desse princípio a partir do Estado do bem estar social europeu, já que a primeira Carta Magna a prevê-lo expressamente foi a de 1946. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, silenciaram a esse respeito, o que pode ser considerado como um retrocesso, que foi devidamente reparado com o atual texto constitucional³²⁶.

324 Apud COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15.

325 STEINCHEN, A., Op. cit., p. 266-269. Para mais detalhes sobre as noções de justiça comutativa, justiça distributiva, princípio da equivalência, ver capítulo 6.2 – A justiça do tributo, página 134.

326 COSTA, R. II., Op. cit., p. 18-19.

6.5.2. Eficácia e conteúdo do princípio da capacidade contributiva

O estudo da eficácia do princípio da capacidade contributiva dividia a doutrina em duas vertentes, conforme observou Alfredo Augusto BECKER: aqueles que, majoritariamente, concebiam-no como norma de natureza programática, e outros que lhe conferiam índole preceptiva. Para os primeiros, tratava-se de regra vazia de juridicidade que não obrigava nem o legislador ordinário nem o juiz, operando como uma espécie de mera recomendação; os demais afirmavam tratar-se de regra jurídica que vinculava tanto o legislador ordinário, obrigando-o a considerar fatos presuntivos de renda ou capital acima do mínimo indispensável na composição das hipóteses de incidência, como o juiz, a quem cabia investigar em cada caso concreto a veracidade ou não da presunção legal, devendo deixar de aplicar a lei nas hipóteses negativas³²⁷.

Essa dicotomia traduzia claramente a classificação bipartite da eficácia das normas constitucionais, adotada pela doutrina clássica estrangeira e combatida por José Afonso da SILVA. Para os norte-americanos, as normas constitucionais dividiam-se em auto-aplicáveis (*self executing provisions*) e não auto-aplicáveis (*not self executing provisions*); similarmente, os italianos denominavam-nas de programáticas ou diretivas, e preceptivas, baseada em critério de eficácia/ineficácia³²⁸. O ilustre constitucionalista brasileiro superou essa visão, propondo uma divisão tripartite, na qual confere preceptividade também às normas programáticas³²⁹.

Aceita essa tese mais moderna, esvazia-se a discussão introduzida pelo tributarista gaúcho, sendo cediço que o princípio da capacidade contributiva é dotado

327 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 487-490.

328 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73-87.

329 Ao criticar a negação de juridicidade às normas programáticas, afirma o autor que “essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado”. Sustentando a eficácia dessas normas, argumenta que “o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos.” - Ibid., p. 153-155.

de conteúdo jurídico com eficácia plena e imediata. É essa a conclusão a que chega Gisele LEMKE, ao deduzir que *“não há necessidade de norma que os complemente, porque sua eficácia própria esgota-se no servir como diretriz da legislação infraconstitucional, não necessitando essas normas, para tal, de qualquer complementação. Assim, a lei que desatender ao princípio da capacidade contributiva será inconstitucional.”*³³⁰ Não é por outra razão que Geraldo ATALIBA, durante debate realizado em 1978, enfatizava que a capacidade contributiva é o único critério para a modulação dos impostos, pois *“todos os outros eventuais critérios que possam ser adotados pelo legislador e que não levam em conta a capacidade contributiva, são arbitrários e, por via de consequência, inconstitucionais.”*³³¹

Quanto ao conteúdo desse princípio, a doutrina diferencia a capacidade contributiva objetiva, ou absoluta da subjetiva, ou relativa. No sentido objetivo significa que a hipótese de incidência dos tributos deve ser composta por fato-signo presuntivo de riqueza, o que obriga o legislador a criar os tributos somente a partir daqueles fatos que sejam indícios de capacidade econômica, tais como: ser proprietário de imóvel, de automóvel *etc.* Conforme observou Gisele LEMKE, ainda há autores que só consideram relevante o aspecto objetivo da capacidade contributiva; entretanto, assevera a autora que se estaria assim restringindo demais o âmbito de incidência do princípio, pois a capacidade de contribuir de um indivíduo não pode ser deduzida simplesmente por constar da hipótese de incidência fato-signo presuntivo de riqueza, já que pode manifestar somente capacidade econômica. Em suma, não basta que a hipótese de incidência descreva um fato econômico, mas é necessário também que a tributação seja graduada de acordo com o nível de riqueza dos contribuintes³³².

Fala-se, assim, em capacidade contributiva relativa ou subjetiva, que nas

330 LEMKE, Gisele. **Imposto de renda: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 39.

331 ATALIBA, Geraldo. Isonomia e Capacidade Contributiva. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo. n.4. p.125-156, abr./jun.1978, p.142.

332 LEMKE, G., Op. cit., p. 43.

palavras de Regina Helena COSTA, “*reporta-se a um sujeito individualmente considerado. Expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa. Nesse plano, presente a capacidade contributiva em concreto, aquele potencial sujeito passivo torna-se efetivo, apto, pois, a absorver o impacto tributário*”³³³. Misabel DERZI, em comentários à obra de Aliomar BALEEIRO, anota que “*a capacidade relativa ou subjetiva refere-se à concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados seus cargos obrigatórios pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto*”³³⁴.

Conjugando os dois aspectos da capacidade contributiva, retiramos a seguinte ilação: a observância do princípio somente pode ser garantida em sua totalidade mediante a atuação dos três poderes; o Legislativo, com a criação de tributos levando em conta tanto o caráter objetivo (a partir de fatos presuntivos de riqueza), como o subjetivo (considerando o nível de riqueza dos contribuintes); o Judiciário, declarando inconstitucional a lei que viole o princípio em pauta; e o Executivo, preservando o cunho subjetivo do princípio, ou seja, verificando em cada caso a concreta e real aptidão econômica dos contribuintes. Quanto à atuação da administração tributária nessa seara, registre-se o parecer de Sacha Calmon Navarro COELHO: “*ao dar poderes ao fisco para investigar as pessoas e seus negócios, a Constituição optou pela verdade real, por isso que o princípio da capacidade contributiva rejeita as técnicas de presunção, em razão mesmo de sua essência, fulcrada nas idéias de justiça e verdade*”³³⁵. Esses poderes a que se refere o tributarista compõem o tema do item a seguir.

333 COSTA, R. H., Op. cit., p. 26.

334 DERZI, Misabel. Auto aplicabilidade. A capacidade econômica objetivo-absoluta e sua concreção delimitada pela Constituição. In: BALEEIRO, A. *Limitações constitucionais...*, p. 691.

335 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90-91.

6.5.3. A faculdade de a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte

Muitos autores consideram que essa regra prevista na segunda parte do §1º do artigo 145 da Constituição Federal é despicienda. Marçal JUSTEN FILHO atribui essa qualificação por entender que:

A administração fazendária não possui faculdade de conferir efetividade ao princípio do caráter pessoal e da graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte. A Constituição não editou norma dispositiva, mas imperativa. Logo, tanto o Legislativo como o Executivo tem o dever de conferir efetividade a tais princípios. A identificação das condições pessoais do contribuinte é, por fim, dever da administração fazendária, tendo em vista a estrita legalidade tributária. A fixação em concreto do montante da prestação tributária não se insere na discricionariedade administrativa. Em suma, essa identificação deriva da rigorosa vinculação do administrador fiscal ao conteúdo da lei tributária. Como se vê, a regra não precisava existir, pois nada atribui à administração pública, além do que resulta do todo do sistema constitucional pátrio³³⁶.

De forma bastante similar, José Eduardo SOARES DE MELO assevera que a Constituição não confere faculdade, mas, em realidade, impõe obrigação no sentido de limitar a exigência do imposto à capacidade contributiva para que não se perpetre ato confiscatório; a administração tributária deve perseguir, até as últimas consequências, o caráter pessoal e a graduação do imposto, estando vinculada aos parâmetros estabelecidos na lei³³⁷.

Em que pese a coerência dessa interpretação e sua respeitável autoria, parece-nos que ela pode ser melhor formulada. A expressão “facultado à” deriva do

336 JUSTEN FILHO, Marçal. Capacidade Contributiva. In: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14), p. 392.

337 SOARES DE MELO, José Eduardo. Capacidade Contributiva. In: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14), p. 168.

verbo “facultar”, que significa facilitar, permitir, pôr à disposição, conceder³³⁸. O que se espera quando alguém facilita, permite, põe à disposição, ou concede alguma coisa a outrem, é que ele tenha algum proveito com a faculdade; em outros termos, o que é facultado apresenta um caráter instrumental: ele deve servir para que o destinatário o utilize para fazer algo útil. Assim, a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte é um instrumento posto à disposição da administração tributária; a expressão “especialmente para” denota a finalidade dessa faculdade, qual seja, conferir efetividade ao caráter pessoal dos impostos, quando possível, e sua graduação segundo a capacidade contributiva. A faculdade de o fisco identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte possui um evidente caráter instrumental, pois é insustentável a afirmação de que essa faculdade constitua um objetivo ou um fim a ser perseguido pela Administração Pública. O fato de o constituinte ter escrito “especialmente para” ao invés de simplesmente “para”, indica que a faculdade conferida pode ter outras finalidades além da prevista na norma constitucional em análise; é o que ocorre, por exemplo, em ações fiscais envolvendo impostos aduaneiros, os quais se inserem dentro de uma política de comércio exterior do país, que pode comportar, entre seus objetivos, o de combate ao contrabando e descaminho; assim, a identificação das atividades econômicas de determinado contribuinte com suspeita de prática de ingresso de mercadoria proibida no território nacional é uma faculdade atribuída ao fisco que a exerce de forma desvinculada dos objetivos previstos no artigo 145 do texto constitucional.

O princípio da capacidade contributiva, conforme visto no item anterior, sendo uma das formas de afirmação da justiça social, no âmbito tributário, pode ser considerado como um dos fins perseguidos pelo Poder Público. A legislação, por maior que seja a imaginação do legislador, não pode prever todas as hipóteses que melhor conduzam à consecução dos fins almejados; haverá situações em que o

338 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 751.

administrador poderá e deverá decidir, entre as várias possibilidades igualmente legais, por aquela que melhor concretize a finalidade pública daquele ato. Esse é o fundamento da discricionariedade administrativa, que Hely Lopes MEIRELLES conceitua como “*a faculdade que adquire a administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. [...] É, unicamente, autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa*”³³⁹. Pode haver discricionariedade, portanto, nos meios de atuação administrativa, mas nunca nos fins, uma vez que “*a discricionariedade está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei. [...] Em tema de fins não existe jamais, para a administração, um poder discricionário, porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar; o fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente.*”³⁴⁰

A partir dessa interpretação, torna-se claro que o artigo 145 da Constituição Federal enuncia um princípio fundamental: o da capacidade contributiva, eis que identificado com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e uma permissão conferida à administração tributária como meio de produzir efetividade

339 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151-152.

340 Id. No mesmo diapasão, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ensina que “*Nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal*” - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 380-384. Em obra mais específica sobre o tema, o publicista conceitua discricionariedade como “*a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo seus critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*” - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48.

àquele princípio. Na qualidade de objetivo fundamental, ou de um fim, a administração encontra-se vinculada à busca da efetivação do princípio da capacidade contributiva. Por outro lado, o constituinte conferiu à administração tributária a faculdade de analisar a oportunidade e conveniência de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, meio que é de obtenção de um fim. Aderimos, assim, à seguinte tese defendida por Ângela Maria da Motta PACHECO: *“a faculdade da administração tributária está vinculada ao fim estabelecido na norma – conferir efetividade ao caráter pessoal e à graduação do imposto – para tanto esta identificará o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, tarefas que realizará com seu poder discricionário.”*³⁴¹

É verdade que essa faculdade constitui um instrumento altamente eficaz, e, na maioria dos casos, é por meio dela que se obtém aquele fim almejado. Nem sempre, porém, revela-se como o meio mais idôneo. Exemplo disso é o que ocorreu recentemente, na Delegacia da Receita Federal em Curitiba, que promoveu uma operação fiscal direcionada às deduções com receitas médicas informadas em declarações de imposto de renda de pessoa física. Nessa atividade fiscal, realizada em período próximo ao prazo de entrega da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, e divulgada pelos principais meios de comunicação locais, observa-se a adoção de uma estratégia educativa e preventiva, direcionada tanto aos contribuintes consumidores de serviços de saúde como aos profissionais desse setor econômico. Ao divulgar a sua presença e atuação, mediante cartas de natureza informativa³⁴², e

341 PACHECO, Ângela Maria da Motta. Capacidade Contributiva. In: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14), p. 318.

342 Na edição de 19 abr. 2004 o jornal Gazeta do Povo veiculou o seguinte artigo: *“Carta alerta sobre gasto excessivo com saúde. Cerca de 60 mil contribuintes vão receber a correspondência. A Receita Federal está enviando 60 mil cartas para os contribuintes do Imposto de Renda para “alertá-los” sobre os riscos de tentar sonegar o imposto por meio de dois expedientes: excesso de abatimento de despesas médicas e falta de inclusão (ou inclusão menor) de valores referentes ao recebimento de aluguéis. Por enquanto, é só uma suspeita, pois a Receita não tem certeza absoluta de que possa haver sonegação. A suspeita recai sobre as declarações entregues no ano passado, com os ganhos de 2002. Se usados, os expedientes beneficiam o contribuinte em detrimento do fisco. O efeito é o mesmo: abater despesas médicas além do efetivamente comprovado e/ou deixar de informar rendimento de aluguel reduz o imposto a pagar ou eleva a restituição. No Paraná, a Receita vai intimar, até o fim deste mês, 3,5 mil contribuintes pessoas físicas cujas declarações apresentaram indícios de irregularidades na área da saúde, nos últimos cinco anos.”* - CARTA alerta sobre gasto excessivo com saúde. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 19 abr. 2004.

publicação na mídia do andamento e dos resultados da operação³⁴³, a administração tributária federal visou, não somente à exigência do imposto de renda devido por aqueles que injustificadamente deduziram despesas médicas, e representar ao Ministério Público os casos configuradores da existência de crime em tese, mas principalmente a incutir na consciência dos contribuintes uma maior percepção do risco que eles correm, seja na prática de crime contra a ordem tributária, seja na insuficiência da declaração de rendimentos, ou ainda na indevida dedução de despesas, tudo isso com vistas a comportamentos futuros.

Nesse exemplo concreto, torna-se fácil identificar a concretização do princípio da capacidade contributiva no âmbito do imposto de renda das pessoas físicas, como sendo o fim que norteou a decisão administrativa, tendo em vista a escolha daquele segmento da sociedade. Ao decidir pelo meio utilizado, o administrador julgou oportuno e conveniente a implementação da referida operação fiscal, considerando fatores temporais (época de entrega de declaração de ajuste anual) e operacionais (rapidez na execução quando se trata de ações fiscais pontuais, isso é, direcionadas a determinado tipo de infração fiscal). A identificação das condições pessoais do contribuinte (o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas) não seria recomendável nesse tipo de fiscalização, pela complexidade das infrações que dela resultariam, que seriam incompatíveis com o resultado que se pretendia, qual seja: muitas ações fiscais, com poucos auditores fiscais, executadas num curto espaço de tempo.

343 Em 28 abr. 2004 o mesmo periódico *Gazeta do Povo* trazia a seguinte informação: “PF estoura escritório de contabilidade que fraudava o IR. Em Curitiba, contador mantinha carimbos e documentos falsos. A Receita Federal apreendeu em um escritório de contabilidade, em Curitiba, documentos que seriam usados para falsificar gastos com despesas médicas em declarações de Imposto de Renda, a serem entregues até a próxima sexta-feira. De acordo com o delegado da Receita em Curitiba, Vergílio Concetta, entre os papéis estão blocos de notas de uma clínica dermatológica, papel com timbre do Hospital Evangélico, além de carimbos de médicos, dentistas e psicólogos. A apreensão - feita pela Polícia Federal, com a autorização da Justiça - surgiu a partir da investigação que a Receita está fazendo em declarações de Imposto de Renda de profissionais da área médica. Segundo Concetta, 47 contribuintes estão tendo as contas revisadas pela Receita Federal. “Em seis destes profissionais, a diferença entre a renda declarada e os recibos usados em declarações de outras pessoas é superior a R\$ 7,2 milhões”, diz o superintendente. O esforço da Receita Federal para combater a sonegação fiscal tem a intenção de reaver R\$ 70 milhões em impostos devidos. A operação deve acarretar a intimação de 3,5 mil contribuintes pessoas físicas no Paraná. Do total sonegado, a Receita estima que 70% estejam ligados a fraudes na declaração de ganhos ou nos gastos com saúde.” - PF estoura escritório de contabilidade que fraudava o IR. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 28 abr. 2004.

Longe, portanto, de configurar-se como inócuo, a norma contida na segunda parte do §1º do artigo 145 da Constituição Federal deve ser interpretada como um instrumento posto à disposição da administração fazendária para dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva, questão essa tratada a seguir.

6.5.4. A efetividade do princípio da capacidade contributiva

A importância de se conferir efetividade ao princípio da capacidade contributiva pode ser demonstrada por pelo menos quatro razões: a) a noção de efetividade de um princípio é inerente ao seu próprio conceito; b) trata-se de um princípio de hierarquia constitucional; c) o princípio em questão refere-se a um objetivo fundamental previsto na Constituição; d) a própria Constituição explicitamente prescreve uma forma de conferir essa efetividade.

A noção de efetividade de um princípio é inerente ao seu próprio conceito. Na teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXY, os princípios são *“normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização que são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das jurídicas”*³⁴⁴. Exemplo de afirmação dessa característica do princípio é o §2º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, que são enunciados na forma de princípios.

³⁴⁴ Tradução livre do original: “[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” - ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 86.

Em linhas anteriores, com base na teoria de José Afonso da SILVA, concluiu-se que o princípio da capacidade contributiva, ainda que se insira na categoria de norma programática, não é destituído de eficácia, pois vincula não somente o Poder Legislativo como também o Poder Executivo, consoante as seguintes lições do mesmo autor: “*as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata direta e vinculante nos casos seguintes: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; [...] V – condicionam a atividade discricionária da administração e do Judiciário*”³⁴⁵. Relativamente ao comprometimento do administrador, apesar de implícito, o legislador constituinte foi além, pois expressamente atribuiu-lhe poderes justamente para o alcance da efetividade desse princípio. Concordamos, assim, com José Maurício CONTI, que visualiza duplo destinatário do aludido princípio constitucional: o legislador ordinário, orientando-o na criação de novas normas, e o aplicador da lei, que está legitimado a conferir-lhe eficácia³⁴⁶.

A preocupação do constituinte quanto à exeqüibilidade do princípio ora em estudo encontra-se em perfeita consonância com a noção mais atual do princípio da isonomia, que desde o Estado Social deixou de ser compreendido como um enunciado formal, passando a ser interpretado também em sentido material. A simples previsão do princípio, desprovida de qualquer medida tendente a conferir-lhe materialidade, configuraria um traço do Estado Liberal, o que nitidamente confrontaria com as atuais diretrizes irradiadas pela Carta Maior. É o que ocorreria caso a administração tributária não tivesse a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, pois, nessa hipótese, a capacidade contributiva formalmente manifestada em lei restaria letra morta diante da impotência de o fisco

345 SILVA, J. A., *Aplicabilidade das normas...*, Op. cit., p. 164.

346 O autor fala em eficácia positiva do princípio para o legislador, e eficácia negativa para o aplicador, no sentido de observá-lo por ocasião do surgimento de uma situação concreta que envolva a sua aplicação, limitando o universo das situações sujeitas à tributação. Entretanto, afirmamos que, ao lado de limitar o universo dos sujeitos passivos, deve o administrador atuar no sentido de garantir a correspondência entre os recolhimentos e a real situação econômica dos contribuintes, sendo mais expressivo, assim, falar-se em eficácia positiva também para o administrador - CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 52.

garantir sua concretização. Daí o jurista espanhol José Ramón RUIZ GARCIA afirmar que:

A plena realização da idéia de justiça tributária requer também inescusavelmente a realização da norma jurídica conforme o seu sentido; é necessário dotar a administração dos meios jurídicos necessários para a correta aplicação da norma; [...] a comprovação e investigação tributária efetivamente realizada é o único meio que permite garantir a prática aplicação da justiça tributária, evitando que essa última fique reduzida a uma mera proclamação teórica³⁴⁷.

Compreendida a essencialidade de prover a administração tributária de meios para garantir a materialização do princípio da capacidade contributiva, resta investigar quais são os instrumentos disponíveis. O expediente mais eficaz de que a administração fazendária poderia dispor nesse contexto é, sem dúvida, o acesso às informações bancárias do contribuinte. Os autores que defendem a constitucionalidade dessa medida argumentam que o sigilo bancário apostado contra a autoridade fiscal é incompatível com o dever de dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva. Mary Elbe Gomes Queiroz MAIA alerta que obstar o acesso às contas e depósitos bancários é impedir o fisco de cumprir os preceitos constitucionais, pois lhe veda a possibilidade de conhecer e aferir com certeza e precisão a capacidade contributiva dos sujeitos passivos com vistas à correta imposição tributária, o que resulta em uma grande injustiça fiscal e em uma quebra da igualdade tributária³⁴⁸. Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO pondera ser inaceitável que os contribuintes tenham qualquer direito de impedir o fisco de cumprir, respeitados os direitos individuais pertinentes, com a manutenção do sigilo bancário e com a observância do devido processo legal, e nos termos da lei, o seu poder-dever de fiscalizar e tributar

347 Tradução livre do original: “La plena realización de la idea de justicia tributaria requiere también inexcusablemente la realización de la norma jurídica conforme a su sentido; es necesario dotar a la Administración de los medios jurídicos necesarios para la correcta aplicación de la norma. [...] la comprobación e investigación tributaria efectivamente realizada es el único medio que permite garantizar la práctica aplicación de la justicia tributaria, evitando que esta última quede reducida a una mera proclama teórica.” - RUIZ GARCIA, J. R., Op. cit. p. 42.

348 MAIA, M. E. G. Q. *Do Lançamento...*, Op. cit., p. 144.

corretamente, o que pressupõe a possibilidade de identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades que indiquem substância contributiva.³⁴⁹

Diversos autores estrangeiros também aderem a essa tese: os argentinos Félix Gustavo GUERRIERI e Ramón Eduardo PENA asseveram que se deve ter presente que a equidade exige que os contribuintes sejam tributados de acordo com sua capacidade contributiva, e para isso resulta indispensável que o fisco esteja em condições de conhecer a verdadeira magnitude das rendas e dos patrimônios individuais.³⁵⁰ Para o professor português José Luís Saldanha SANCHES, a tributação do rendimento segundo o princípio da capacidade contributiva implicou a tributação como base mundial daqueles que residem num determinado país, que se encontram na situação de sujeição. Como consequência, atribui-se o dever a cada cidadão de prestar, de forma periódica, informações sobre todos os rendimentos de que é titular; para que esse dever não seja aplicável a um segmento da população, como os empregados, impõe-se a criação de sistemas de controle, que englobam a análise dos dados bancários, que garantem o cumprimento da lei³⁵¹.

Consentimos com esses autores, e afirmamos que o acesso aos dados bancários de contribuintes é uma das condições para a concretização do princípio da capacidade contributiva. No caso do imposto de renda de pessoa física, são muito frequentes os casos concretos em que o real rendimento somente pode ser desvendado através do exame da movimentação financeira da pessoa. Estudos realizados por técnicos da Secretaria da Receita Federal, baseados no cotejamento entre os rendimentos declarados ao fisco e as respectivas movimentações financeiras dos contribuintes, indicam que a maior incidência das distorções encontra-se concentrada

349 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O sigilo bancário e o fisco (uma análise constitucional). **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.15. ago. 2001, p. 444.

350 GUERRIERI, F. G.; PENA, R. E., Op. cit., p. 239.

351 SANCHES, J. L. S., Op. cit.

nos dirigentes de empresa e profissionais liberais³⁵². Essa verificação empírica confirma a distorção da isonomia tributária, denunciada por Mary Elbe Gomes Queiroz MAIA: “entre os contribuintes que declaram integralmente as suas rendas ou têm os seus rendimentos tributados na fonte e aqueles que podem optar por ocultar, ou não, do fisco as operações efetuadas e rendas auferidas, o que resulta em lhes facultar a escolha de submeter à incidência tributária, somente as bases e valores que queiram informar e incluir nas respectivas declarações”³⁵³.

Os assalariados, relativamente aos rendimentos do trabalho, suscitam reduzido interesse do fisco, já que suas rendas são informadas pelas respectivas fontes pagadoras, o que faz com que o imposto de renda pago pela grande maioria desses profissionais corresponda exatamente às suas rendas auferidas. Já a sistemática que se operacionaliza com os dirigentes de empresa e os autônomos é bem distinta; são várias as possibilidades de reduzir a probabilidade de o fisco identificar seus rendimentos: inexistência de uma fonte direta e imediata a ser confrontada com os rendimentos por eles declarados, prestação de serviços sem emissão de documentos fiscais, recebimento de salário em utilidades; recebimento de salário “por fora” etc.

É notório, diante desse quadro, que as chances de a administração fazendária identificar a base tributável daqueles profissionais que se utilizam desses expedientes são mínimas. Na realidade, esses recursos somente são desvendados através de denúncias, que em geral só ocorrem em hipóteses de desentendimentos com clientes, fornecedores ou patrões. De outra forma, como poderia a autoridade fiscal detectar o

352 Conforme noticiou o jornal Correio Braziliense em 01 fev. 2003: “Política/Sonegação. Com a ajuda da CPMF. As informações da CPMF permitem que a Receita observe a movimentação financeira do contribuinte. Se a pessoa movimentar muito dinheiro e declarar uma renda baixa ao Fisco, os auditores vão atrás de explicações. “O grau de certeza aumentou com o cruzamento da CPMF e, por isso, o número de contribuintes que são fiscalizados e não devem nada diminuiu”, afirmou o coordenador-geral de Fiscalização da Receita Federal, Paulo Ricardo de Souza Cardoso. Na fiscalização de pessoas físicas, a Receita vai se dedicar mais aos profissionais liberais em 2003. Nessa área, a sonegação e o uso de “laranjas”, segundo Cardoso, são frequentes. No ano passado, as autuações a profissionais liberais renderam ao Fisco R\$ 152 milhões. Ficaram em terceiro lugar no ranking dos mais autuados. Os campeões foram os proprietários e dirigentes de empresas, seguidos pelos profissionais autônomos. A malha fina, tão temida pelos contribuintes, rendeu à Receita apenas R\$ 89 milhões em 2002. (FN)” - COM a ajuda da CPMF. **Correio Braziliense**, Brasília, 01 fev. 2003.

353 MAIA, M. E. G. Q. A inexistência de..., Op. cit., p.29.

recebimento de salários às escondidas, ou a prestação de serviços oferecidos com descontos em troca da omissão de registros fiscais, ou a fruição de utilidades a cargo de empresas, quando essas informações são restritas às duas partes envolvidas nas operações, com interesse recíproco na manutenção desse sigilo?

A discrepância entre essas duas situações fáticas, quais sejam, a capacidade de comprovação quase que automática pelo fisco dos rendimentos dos assalariados, e a impossibilidade de conhecer-se a renda percebida pelos demais, evidencia a flagrante desigualdade que assim se estabelece. Na obra “*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*”, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO leciona que um critério de diferenciação dos desiguais somente se justifica se guardar relação lógica com o tratamento jurídico resultante da aplicação desse critério, como é o caso do parâmetro “altura”, que pode ser fator discriminante justificável na eleição dos guardas de honra de solenidades militares oficiais, não podendo, porém, balizar candidatos concorrentes a cargo público, por absoluta ausência de nexos lógico entre o critério escolhido e as consequências advindas de sua aplicação³⁵⁴. Similarmente, caberia indagar: qual racionalidade justificaria o fato concreto de dirigente de empresa pagar menos imposto do que cada um de seus empregados, sendo que essa discriminação ocorre em função da natureza de sua ocupação?

A desigualdade torna-se ainda mais notória quando lembramos que o respeitável jurista condiciona a legitimidade da discriminação à conformidade com os valores constitucionais; vale dizer, não basta a relação de pertinência lógica para validar determinado processo seletivo, eis que os resultados obtidos não podem contrariar disposições do texto maior³⁵⁵. Ora, o artigo 150, II da Constituição Federal veda tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, assim como qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou

354 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico...*, Op. cit., p. 21-22.

355 Id.

função por eles exercida; assim sendo, ainda que subsistissem resquícios do favorecimento tributário em benefício de algumas classes profissionais, um tal discrimine seria fulminado pelo citado mandamento constitucional que, aliás, é conhecido como princípio da igualdade tributária³⁵⁶.

É certo que tal conjuntura não é fruto de medidas deliberadamente adotadas com vistas aos resultados que se observam na vida real, sendo, na verdade, decorrentes da complexidade de situações jurídicas e econômicas próprias do sistema tributário moderno; não se pode ignorar, todavia, a realidade dessas discrepâncias, que atentam contra o princípio da igualdade tributária e o princípio da capacidade contributiva, ambos de índole constitucional. O acesso às informações bancárias pelo fisco permite-lhe identificar e reduzir as distorções, viabilizando, assim, a efetividade desses princípios. Oportuna, pois, a seguinte inserção de José Ramón RUIZ GARCIA:

A própria complexidade do sistema tributário – resultado a um tempo da variedade das relações jurídicas e situações econômicas sobre as quais ele recai, assim como das próprias exigências do princípio da justiça tributária – impõe esse robustecimento dos poderes da administração; sem tais faculdades e deveres encaminhados à comprovação e liquidação da dívida tributária, dificilmente poder-se-ia aplicar na prática o sistema normativo tributário desenhado pelo legislador, que se tornaria, assim, em grande parte, desprovido de potencialidade³⁵⁷.

Por todo o exposto, concluímos que a Lei Complementar nº 105, de 2001, que viabiliza a quebra do sigilo bancário pelo fisco, é plenamente legítima; conforme expõe Vittorio CASSONE, antes do direito individual garantidor do sigilo de dados, e

356 Sacha Calmon Navarro COELHO resgata que a Carta de 1967 excluía do imposto de renda e proventos as ajudas de custo e as diárias pagas pelos cofres públicos sob a forma de *jetons*, verbas de representação, ajudas para moradia, transporte, beneficiando militares, administradores, parlamentares e juízes - COELHO, Sacha C. N. *Comentários à...*, Op. cit., p. 329-330.

357 Tradução livre do original: “La propia complejidad del sistema tributario – resultado a un tiempo de la variedad de las relaciones jurídicas y situaciones económicas sobre las que aquél recae, así como de las propias exigencias del principio de justicia tributaria – imponen ese robustecimiento de las potestades de la Administración; sin tales facultades y deberes encaminadas a la comprobación y liquidación de la deuda tributaria, difícilmente podría aplicarse en la práctica el sistema normativo tributario diseñado por el legislador, que quedaría así, en gran parte, desprovisto de virtualidad.” - RUIZ GARCIA, J. R., Op. cit. p. 13.

de cunho mais forte, a Carta dispõe sobre princípios fundamentais da República, entre os quais sobreleva notar o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), pelo que, havendo fortes indícios de fraude, de corrupção, de atos de improbidade administrativa (artigo 37, §4º), não há como se possa impedir que a lei preveja a quebra do sigilo bancário, identificando sem que se dê publicidade, mantendo-se sigilo tanto em processo administrativo quanto judicial, sob pena de responsabilidades³⁵⁸. Entretanto, estimando a possibilidade de colisão com direitos individuais, o exame da constitucionalidade da aludida lei complementar há que se proceder através do princípio da proporcionalidade.

358 CASSONE, Vittorio. Capacidade contributiva, progressividade e sigilo bancário. *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo, n.15. ago. 1999, p. 461.

7. A CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELO FISCO

7.1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 105/2001, que possibilita às autoridades fazendárias das três esferas políticas o acesso às informações bancárias sem necessidade de autorização judicial, foi objeto de três ações diretas de inconstitucionalidade: ADIns números 2.386, 2.390 e 2.397, propostas pelo Partido Social Liberal, pela Confederação Nacional da Indústria e pela Confederação Nacional do Comércio, sendo relator o Ministro Sepúlveda PERTENCE, ainda não apreciadas.

Nesse capítulo pretende-se aferir a conformidade aos preceitos constitucionais da competência conferida pela Lei Complementar nº 105/2001 aos agentes fiscais para acessar diretamente os dados bancários. A construção argumentativa será erigida sob o plano jurídico, o que não dispensa, todavia, juízos de valor. ALEXY reconhece que, sobretudo nos casos difíceis, em que há intensa intervenção em direitos fundamentais, a ponderação inclui juízos valorativos, o que não impede a possibilidade de fundamentação racional das decisões de ponderação³⁵⁹. A apreciação valorativa para fins de ponderação deverá, portanto, conter-se no domínio jurídico; dessa forma, rejeitamos desde já argumentações de ordem moral, que em nada contribuem para o aprofundamento do debate; referimo-nos a

359 ALEXY, R. *Teoria de...*, Op. cit., p. 165.

360 Não somente os juristas estão sujeitos aos juízos valorativos, como também os próprios cientistas, conforme assim sustenta Karl POPPER: “Não podemos roubar o partidatismo de um cientista sem também roubá-lo de sua humanidade, e não podemos suprimir ou destruir seus juízos de valores sem destruí-lo como ser humano e como cientista. Nossos motivos e até nossos ideais puramente científicos, inclusive o ideal de uma desinteressada busca da verdade, estão profundamente enraizados em valorações extra-científicas e, em parte, religiosas. Portanto, o cientista ‘objetivo’, ou ‘isento de valores’ é, dificilmente, o cientista ideal” - POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Ápio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 25.

comentários como o seguinte, tecido pelo eminente jurista Miguel REALE, a respeito dos agentes fiscais da Receita Federal, *“os quais, diga-se de passagem, não primam pela eficiência na preservação das informações recebidas dos contribuintes. Recentemente, mais de um milhão de contribuintes tiveram suas declarações expostas em bancas de jornais da cidade de São Paulo, por quebra de sigilo da Receita, até hoje não tendo, o senhor Secretário, descoberto os culpados pelo vazamento desses dados, passíveis de utilização por seqüestradores interessados em saber o patrimônio de suas futuras vítimas, a fim de estipularem o preço do resgate, segundo noticiário da imprensa.”*³⁶¹ Na mesma esteira, Milton Terra MACHADO denuncia que *“o perigo do mau uso político dessa informação é enorme e latente. A falta de ética e até a criminalidade na alta administração do país, no passado recente, não autoriza a que alguém duvide desse risco.”*³⁶²; e Ives Gandra da Silva MARTINS, expondo que *“a crítica que se faz recai sobre aqueles que são encarregados de fiscalizar diretamente empresas e pessoa físicas e quanto a estes – falo por terceiros e não por mim – tenho ouvido dos órgãos de classe críticas contundentes.”*³⁶³

A suposta força argumentativa de comentários como esses reside na mensagem implícita de que os agentes fazendários não podem ter acesso direto às movimentações financeiras dos contribuintes, porque são não confiáveis, desleixados, ou irresponsáveis. Esses argumentos são inférteis, porque convidam os opositores a valerem-se da mesma estratégia, munidos de igual arsenal fático, tendentes a sustentar que juízes, promotores, agentes bancários, advogados, enfim, administradores de todo e qualquer órgão, seja público ou privado, não dispõem de idoneidade moral para investigar contas bancárias. Extrapolando-se essa idéia, concluir-se-ia, com base em noticiário de imprensa, que juiz não pode julgar, que promotor não pode denunciar,

361 REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade do Dec. 4.489..., Op. cit., p. 243.

362 MACHADO, Milton Terra. Sigilo bancário: a inconstitucional quebra do sigilo bancário. *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre. v.3. n.18. mar./abr. 2001, p. 14-15.

363 MARTINS, I. G. da S. Inconstitucionalidades..., Op. cit., p. 33

que advogado não pode representar, e assim por diante. A tática de contaminar o todo pela parte, de generalizar o que é pontual, é inócua porque dela somente extrai-se o óbvio: a verificação de que há indivíduos desonestos em toda e qualquer organização³⁶⁴. A análise quanto à viabilidade ou não de atribuir competências aos agentes de um órgão deve ser efetuada relativamente às suas funções, jamais considerando o comportamento desse ou daquele funcionário, caso contrário, seria o caso de fechar as portas de toda e qualquer instituição, pública ou privada.

Retornando à seara jurídica, José Afonso da SILVA preceitua que as constituições contemporâneas constituem documentos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionista³⁶⁵. Essa feliz observação do eminente constitucionalista condensa a idéia da tensão permanente que existe entre os direitos individuais e os coletivos, que devem conviver em harmonia no ordenamento jurídico. Se é aceita a natureza sistêmica do direito positivo, tem-se como consequência da própria noção de sistema, a tendência à unidade, que pressupõe a existência de um elemento integrador apto a compreendê-lo de forma coerente e unitária³⁶⁶. No sistema jurídico esse papel é desempenhado pela Constituição, o que justifica a construção doutrinária do princípio da unidade normativa³⁶⁷. Essa regra hermenêutica deve levar em conta a existência de mecanismos superadores das tensões que ocorrem entre as normas constitucionais, entre os quais são essenciais a noção de princípio como espécie do gênero norma e a compreensão do princípio da proporcionalidade, temas

364 A respeito dessa questão, Jackson MITSUI pondera que *“o problema, pensamos nós, tem residência nas pessoas enquanto indivíduos e em suas atitudes pessoais e sobretudo isoladas. O que não se pode é generalizar e condenar, sob o manto do preconceito e até da repugnância um corpo saudável, por atitudes isoladas de alguns de seus membros.”* - MITSUI, J., Op. cit., p. 216.

365 SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas*, Op. cit., p. 137.

366 VIEIRA, José Roberto. A Noção de Sistema no Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Porto Alegre: Síntese. v. 33, 2000, p. 53-64.

367 *“O princípio da unidade da Constituição é uma exigência da coerência narrativa do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juizes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as lerem e compreenderem, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça.”* - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e...*, Op. cit., p. 1168.

apresentados no capítulo 5: Fundamentos da Restrição de Direitos, na página 113.

Conforme discutido anteriormente, com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXY, ocorre o fenômeno da colisão em sentido amplo em decorrência de uma tensão entre um direito fundamental e um bem coletivo, isso é, quando interesses individuais, tutelados por direitos fundamentais, contrapõem-se a interesses da comunidade, igualmente reconhecidos pela Constituição. A colisão em análise no presente estudo pode ser identificada em dois níveis: em nível geral, os princípios colidentes são, de um lado o direito individual de liberdade do correntista de movimentar livremente suas contas bancárias sem intromissão do Estado, e de outro, o bem coletivo da isonomia em sede tributária, traduzido pelo princípio da capacidade contributiva; o direito individual colidente assim identificado tem como pressuposto nosso entendimento a respeito do fundamento do instituto do sigilo bancário, apresentado no capítulo 4.5, página 109, ao qual remetemos o leitor. Em nível mais específico, considerando que a quebra do sigilo pode produzir, no caso concreto, violação da intimidade, da privacidade, do sigilo profissional, e de outras hipóteses, sendo a primeira a mais aceita pela doutrina, a colisão dá-se entre o direito à intimidade do titular da conta bancária e o princípio da capacidade contributiva aplicável aos rendimentos das pessoas físicas.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o direito à intimidade e à vida privada é passível de colisão com diversos outros bens ou direitos igualmente fundamentais. Rodrigo Muniz SANTOS identificou as seguintes hipóteses de colisão: a) saúde pública (artigos 6, *caput*, 196 e 200 da Constituição Federal): por vezes será necessário que a autoridade, nos termos da lei, ingresse em recintos da vida privada para prevenção de focos de doenças e epidemias; b) liberdade de informação jornalística: tendo em vista que a lei restritiva deverá observar o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, por expressa exigência do artigo 220, §1º; c) ordem pública e estabilidade institucional: em caso de decretação de estado de defesa ou estado de sítio, que podem restringir o sigilo de comunicação telegráfica, nos termos dos artigos 136, §1º, e 139, IV; d) arrecadação tributária: a Constituição admite, respeitados os direitos individuais

e na forma da lei (artigo 145, §1º), a conformação de instrumentos de ingerência na intimidade financeira dos contribuintes, de modo a assegurar que as atividades da Fazenda Pública confirmam efetividade ao princípio de capacidade contributiva, quer na arrecadação dos tributos incidentes sobre o patrimônio quer naqueles incidentes sobre os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte; e) segurança pública: exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (artigo 144), acabando por exigir, além das hipóteses fixadas na Constituição Federal, com a do artigo 5º, XI e XII, outros instrumentos legais de investigação criminal limitadores da intimidade, como é o caso, por exemplo, dos “agentes infiltrados” e da quebra do sigilo bancário³⁶⁸.

Wilson Antônio STEINMETZ acrescenta que se justifica a aferição da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, porque o princípio ordena que a norma limitadora seja racional, não excessiva, não arbitrária³⁶⁹. Ademais, segundo o mesmo autor, apenas se inicia o controle de proporcionalidade se o fim que se almeja tem legitimidade constitucional³⁷⁰. Sustentaremos, nas próximas linhas, que as faculdades atribuídas aos agentes fazendários pela Lei Complementar nº 105/2001, expressamente previstas no artigo 145 da Constituição Federal, e que têm por fim último a efetividade do princípio da capacidade contributiva, são adequadas, necessárias e proporcionais, o que significa que atendem à condição estipulada no mesmo artigo da Lei Maior, isso é, respeitam os direitos individuais.

7.2. A ADEQUAÇÃO DA MEDIDA

368 SANTOS, Rodrigo Muniz. *Intimidade, vida privada e o sigilo bancário no processo penal brasileiro*. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – UFPR, p. 112-113.

369 STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 149.

Nesse primeiro desdobramento do princípio da proporcionalidade, indaga-se se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Conforme já apresentado no capítulo 5.7, na página 128, no critério da adequação não se discute se há outros meios mais idôneos, questão essa que se situa no âmbito do subprincípio da necessidade. Admitindo-se a existência de várias medidas para alcançar o resultado pretendido, qualquer uma delas é tida como adequada. Assim, o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito negativamente, ou seja, anula-se uma lei restritiva de direitos apenas quando inequivocadamente apresentar-se como inidônea para alcançar seu objetivo³⁷¹. Para os fins deste estudo, cabe demonstrar, sob o ponto de vista da adequação, que o poder conferido pela Lei Complementar nº 105/2001 aos agentes fiscais, de ter acesso diretamente aos dados bancários, contribui para alcançar o fim a que se destina, qual seja, a efetividade do princípio da capacidade contributiva, quanto aos rendimentos dos contribuintes.

A tarefa não é árdua; não é preciso muito esforço argumentativo para demonstrar a adequação da medida. Conforme frisamos anteriormente, a verificação da observância do princípio da capacidade contributiva, em relação aos rendimentos auferidos pelas pessoas físicas, é realizada pelo fisco de forma satisfatória somente entre os assalariados, pois seus rendimentos são informados pelas respectivas fontes pagadoras. Relativamente aos demais, a administração tributária não dispunha de um meio idôneo para apurar se o imposto de renda recolhido por eles era compatível com seus rendimentos, fato esse que motivava muitos contribuintes, a maior parte pertencente às categorias de dirigentes de empresa e autônomos, a omitirem grande parcela de suas rendas, pagando menos imposto do que aqueles de renda inferior, gerando, portanto, distorções na efetiva aplicação do princípio da capacidade contributiva. Registre-se que a dificuldade de impor a observância das obrigações

370 Ibid., p. 154.

371 BARROS, S. T., *Op. cit.*, p. 74.

tributárias a essa categoria de profissionais não é uma realidade tipicamente brasileira. Como revela estudo realizado pela OCDE, em Portugal, a força de trabalho, sendo largamente composta por profissionais autônomos, é apontada como uma das causas da baixa adesão ao cumprimento das leis tributárias. Em 1998, o imposto de renda recolhido por assalariados e pensionistas, que representavam 75% dos contribuintes portugueses, correspondeu a 90% do total. Os profissionais autônomos não são obrigados a manter contas bancárias separadas das contas particulares, o que facilita a evasão de imposto pela dedução de gastos particulares como se fossem despesas profissionais. O estudo conclui que essa situação cria um sentimento de injustiça entre os contribuintes que pode reduzir o grau de aceitação social e política do sistema tributário, estimulando a inobservância das respectivas obrigações³⁷². No Brasil, essa distorção tem orientado a Secretaria da Receita Federal a direcionar a fiscalização de pessoas físicas aos proprietários e dirigentes de empresa e profissionais liberais, tendo obtido bons resultados em função da utilização dos dados de movimentação financeira³⁷³.

A partir da criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CMPF), é possível aos agentes da Receita Federal conhecer quanto cada contribuinte movimenta em suas contas bancárias; assim, diante da comprovação de

372 BRONCHI, C.; GOMES-SANTOS, J. C. . Op. cit., p. 12 e 29.

373 Conforme noticiou o jornal O Globo da edição de 18 out. 2003: "Setor financeiro perde primeiro lugar de multa. Até o ano passado, o setor financeiro (bancos, corretoras, distribuidoras, fundos de pensão, seguradoras e arrendamento mercantil) era o campeão em autuações. Embora tenha caído para o terceiro lugar, o setor financeiro teve o dobro de multas de 2002. De janeiro a setembro deste ano, 282 instituições financeiras foram autuadas em R\$ 4,38 bilhões, contra 306 contribuintes multados em R\$ 2,30 bilhões no mesmo período de 2002. Segundo o coordenador de Fiscalização da Receita, Paulo Ricardo Cardoso, as instituições financeiras ainda podem aparecer entre os dois setores mais autuados, dependendo dos resultados das cem ações fiscais que estão em andamento neste momento. Ao todo, a Receita autuou de janeiro a setembro deste ano 45.280 contribuintes em R\$ 30,3 bilhões. No mesmo período do ano passado, foram 37.646 autuações, de R\$ 18,88 bilhões. Foram 33.011 pessoas físicas (R\$ 2,08 bilhões) e outras 12.269 pessoas jurídicas (R\$ 28,24 bilhões). A Receita fez um aprimoramento do sistema e um trabalho mais intenso, e esse novo sistema permite até fiscalização à distância, o que leva a uma maior presença da fiscalização na sociedade - disse Cardoso. Sem previsão para entrada de recursos. Pelo sistema da Receita, é possível cruzar informações de rendimentos, movimentação financeira e aquisição de imóveis, entre outros dados dos contribuintes, para facilitar a fiscalização. Os proprietários e donos de empresas continuam no alto da lista das maiores autuações entre as pessoas físicas. Foram 992 contribuintes, multados em R\$ 640,3 milhões. Os profissionais liberais e autônomos vêm em segundo lugar, com 1.719 autuações, no valor de R\$ 478,56 milhões. Em seguida, estão os profissionais de ensino técnico e outra natureza, com 886 autuações, no valor de R\$ 175,29 milhões. A malha fina pegou até setembro 27.237 contribuintes, que deixaram de pagar R\$ 133,6 milhões." - SETOR financeiro perde primeiro lugar de multa. O Globo, Rio de Janeiro, 18 out. 2003.

significativa divergência entre os valores movimentados e os rendimentos informados na Declaração de Ajuste do Imposto de Renda Anual, os auditores fiscais intimam esses contribuintes a prestarem esclarecimentos; caso eles se recusem a fazê-lo, aqueles agentes devem requisitar os extratos bancários diretamente às instituições financeiras, cujo exame pode redundar na revelação de rendimentos omitidos. Apurados os fatos, exige-se que o contribuinte recolha o imposto devido, isso é, que ele efetivamente pague o tributo de acordo com sua capacidade contributiva.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, em consonância com as conclusões de Wilson Antônio STEINMETZ, pressupõe uma relação meio-fim, em que o meio é a lei restritiva de direitos e o fim é o objetivo perseguido pela limitação³⁷⁴. Impende observar, entretanto, que, por se tratar de limitação de direitos individuais, não basta que o meio contribua para a consecução do fim colimado, é necessário que tenha dignidade constitucional. Nesse passo, é incontestável a legitimidade da medida, eis que é a própria Constituição Federal que a autoriza, através do §1º do artigo 145. Comentando esse dispositivo Sacha Calmon Navarro COELHO ensina que:

É princípio instrumental do Direito o que proclama: quem tem fins, deve ter meios. O dever de contribuir pode ser descumprido total ou parcialmente. Compete ao Estado, olhos postos na lei, conferir a correspondência do dever em face da lei, isto é, a sua função indeclinável e obrigatória de fiscalizar os contribuintes. O constituinte desejou obrigar a administração a cumprir, realizar o princípio da capacidade contributiva, autorizando-a a investigar a realidade e, conseqüentemente os contribuintes, sem intuito fiscalizatório, senão preparatório, com vistas a estabelecer um sistema efetivo e justo de tributação. A administração, portanto, terá que cumprir o ditame constitucional sob pena de desrespeito à Lei Maior, que a todos subordina.³⁷⁵

O ilustre tributarista refere-se, em seu comentário, à competência de fiscalização da Administração Tributária, que é inerente à própria competência de

374 STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 149.

375 COELHO, S. C. N. *Curso de ...*, Op.cit., p. 90.

tributar, pois, como deduz Hugo de Brito MACHADO, “*não tivesse a administração a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, não poderia tributar, a não ser na medida em que os contribuintes, espontaneamente, declarassem ao fisco os fatos tributáveis. O tributo deixaria de ser uma prestação pecuniária compulsória, para ser uma prestação voluntária, simples colaboração do contribuinte, prestada ao Tesouro Público*”³⁷⁶. A coerência entre meios e fins, aliás, foi preservada pelo constituinte, conforme assim observou Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO³⁷⁷: “*a Constituição Brasileira confere aos entes da Federação o mais e os fins – o poder de tributar, para que estes obtenham receitas para atender aos seus encargos (arts. 145, caput, incisos I a III, 148, 149 e 195, 153, caput, incisos I a VII, 154, I e II, 155, caput, incisos I a III, e 156, caput, incisos I a III) – obviamente, ofereceu, também, aos respectivos Poderes Executivos o menos e os meios – a competência ampla de fiscalização.*”³⁷⁸

Como corolário do dever-poder de fiscalizar os contribuintes, surgem os deveres de colaboração, presentes em todos os países civilizados, que são assim sintetizados por Paulo de Barros CARVALHO³⁷⁹:

376 MACHADO, Hugo de Brito. *Princípios Constitucionais Tributários*. In: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1993, (Cadernos de Pesquisas Tributárias, 18), p. 85-86.

377 Mais do que coerente, essa relação é evidentemente necessária, conforme assim pensa Wagner BALERA: “*Saliente-se que os eminentes autores do festejado Modelo de Código Tributário para a América Latina, Giuliani Fonrouge, Gomes de Souza e Valdes Costa, consideram óbvia a existência de amplas faculdades concedidas à administração tributária para verificar a exatidão das declarações dos contribuintes e para apurarem o que reputarem de direito.*” - BALERA, Wagner. *Princípios Constitucionais Tributários*. In: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1993, (Cadernos de Pesquisas Tributárias, 18), p. 383.

378 SARAIVA FILHO, O.O. de P. O sigilo bancário e o fisco..., Op. cit., p. 447.

379 Como ser tornou clássico, Celso BANDEIRA DE MELLO prefere o termo dever-poder enfatizando o caráter serviente do poder: “*No passado, sublinhavam-se muito os poderes da Administração. Ao depois, como hoje já se faz com alguma habitualidade, passou-se a mencionar os deveres-deveres da Administração. Ainda assim, o binômio está mal expressado. O que se deve encarecer é que a Administração – e, pois, o administrador enfeixam deveres-poderes, porquanto os poderes têm destino apenas serviente. O direito administrativo por isso, não se aglutina – como ingenuamente possam pensar administradores desmandados – em torno da noção de poder, mas congrega-se ao derredor da idéia de dever e – repita-se – de obsequiosa obediência às finalidades estipuladas no imperativo legal.*” - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e...*, Op.cit., p. 54.

Em princípio, todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, devem colaborar com as autoridades administrativas, prestando as informações de que dispuserem acerca de bens, negócios ou atividades de terceiros, quando instadas a fazê-lo. É da essência dos atos administrativos a finalidade de ordem pública, de modo que as colaborações prestadas aos agentes, no exercício regular de suas atribuições funcionais, se incorporam àquele objetivo que visa ao bem comum³⁸⁰.

Assim, em particular, as instituições financeiras também devem participar desse processo cooperativo, disponibilizando as informações bancárias ao fisco, nos termos disciplinados desde 1964 pela Lei nº 4.595, artigo 38, §5º, assim como pelo CTN, artigos 195 e 197, e atualmente pela Lei Complementar nº 105/2001, artigos. 5º e 6º.

No que tange aos contribuintes, sendo o tributo uma prestação de caráter compulsório, segue-se que eles se submetem a um verdadeiro dever de pagar impostos, porque, como sustenta José Casalta NABAIS, *“não há lugar a um qualquer (pretensão) direito fundamental de não pagar impostos, como o radicalismo das reivindicações de algumas organizações de contribuintes ou a postura teórica de alguns jusfiscalistas mais inebriados pelo liberalismo econômico e mais empenhados na luta contra a ‘opressão fiscal’, que vem atingindo a carga fiscal nos países mais desenvolvidos, parecem dar a entender”*³⁸¹. Assim, tendo em vista o dever-poder de fiscalizar da Administração Tributária e a compulsoriedade do pagamento do imposto, extrai-se a seguinte ilação, a que também chegou Aurélio Pitanga SEIXAS FILHO: *“os contribuintes não possuem qualquer direito subjetivo de se furtarem a identificar (confessar ou declarar) para o fisco todo o patrimônio, todos os seus rendimentos e todas as suas operações tributadas, já que sonegar bens ou rendimentos está tipificado legalmente como crime”*³⁸².

380 CARVALHO, P. de B. *Curso de...*, Op. cit. p. 534.

381 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental...*, Op. cit., p. 186.

382 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Princípios Constitucionais Tributários. In: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 18) p. 245.

Em suma, a quebra do sigilo bancário diretamente pelo fisco é medida adequada, pois viabiliza o princípio da capacidade contributiva, e legítima, eis que o constituinte ao conferir o poder de tributar às pessoas políticas não só lhes permitiu identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, como assim o desejou, como instrumento destinado a efetivar o bem jurídico coletivo constitucional da isonomia, em sua vertente tributária.

7.3. A NECESSIDADE DA MEDIDA

No subprincípio da necessidade, cuida-se de verificar se não há outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz; uma medida legislativa é necessária quando não se pode eleger outra medida igualmente efetiva que limite menos o direito fundamental ou que suponha uma menor carga para o titular³⁸³. A medida restritiva necessária deve ser indispensável para a conservação de um direito fundamental, e não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Como consequência desse princípio, tem-se que o requisito da necessidade traz em si o da adequação, na medida em que somente se fala em medida necessária se a mesma apresentar-se idônea, isso é, apta à obtenção do fim pretendido; nesses termos, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado³⁸⁴. Sustentamos, portanto, que as medidas trazidas pela Lei Complementar nº 105/2001 são os meios mais eficazes para os fins a que se destinam, isso é, quaisquer outras alternativas, ainda que menos restritivas de direitos individuais, são desprovidas de igual potencial para diminuir as distorções da aplicação do princípio da capacidade contributiva.

383 STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 150-151.

384 BARROS, S. T., Op. cit., p. 78.

A potencialidade da medida, isso é, seu alcance com vistas à efetiva realização da isonomia tributária, decorre da relevância da atividade bancária, que desempenha um papel absolutamente presente na vida cotidiana das pessoas. Ao comentar sobre a importância do direito bancário, António Menezes CORDEIRO observa que a crescente especialização das sociedades técnicas pós-industriais tem vindo a concentrar nos bancos tudo quanto respeite a pagamentos e a crédito, ou seja, em última análise, pode-se considerar que o universo bancário é um modo de concretização e de condução de qualquer atividade patrimonial³⁸⁵. Na mesma direção, Nélson ABRÃO acrescenta que os bancos desempenham um papel primordial de intermediários nos pagamentos; a moeda escritural acaba ocupando um lugar mais importante que a manual; sua tarefa não se restringe à mera intermediação, erigindo-se em verdadeiros mobilizadores do crédito, agindo sempre como sujeitos das operações e dos contratos que realizam, procurando obter capitais disponíveis e aplicando-os, em seu próprio nome, tendo sempre, nessa intermediação, o intuito do lucro. No plano dos interesses particulares, não é menor a significação das operações bancárias; nenhum indivíduo, nenhuma empresa, pode renunciar ao concurso de um banco, seja para efetuar seus pagamentos, seja para obter seus créditos.³⁸⁶ Assim, considerando ainda que através de sua intermediação os bancos constituem um trajeto obrigatório dos recursos monetários, razão pela qual dispõem de amplas fontes de informação sobre o patrimônio e a movimentação dos fundos de seus clientes, o conhecimento dos dados bancários por parte do fisco contribui decisivamente para que o princípio da capacidade contributiva seja efetivado³⁸⁷.

A utilização dos serviços bancários acentuou-se exponencialmente a partir da década de 90 do século XX. Conforme demonstra o estudo conduzido pela OCDE

385 CORDEIRO, A.M., Op. cit., p. 25.

386 ABRÃO, N., Op. cit., p. 7-8.

387 VERGARA BLANCO, A., Op. cit., p. 366.

publicado no relatório “*Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais*” (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), em março de 2000, a globalização, movida pela revolução tecnológica da última década, particularmente na área de comércio eletrônico e bancário, desencadeou um crescimento explosivo nas transações internacionais, tornando as operações bancárias internacionais disponíveis para um largo espectro de contribuintes, não somente as multinacionais e os indivíduos milionários. O potencial para abusos criado pela falta de acesso às informações bancárias para fins fiscais aumentou exponencialmente e, concomitantemente, foram removidas as tradicionais fontes de informação das transações bancárias, como os controles de câmbio.³⁸⁸

No capítulo 6.5.4, página 155, expusemos a desigualdade de situações a que são submetidos os assalariados, por um lado, e os autônomos, dirigentes de empresa e qualquer outro profissional que não tenha seu imposto descontado na fonte, por outro. Caso indivíduos desse segundo grupo decidam omitir rendimentos em sua Declaração Anual de Ajuste do Imposto de Renda, dificilmente poderá o fisco detectar sua real renda sem auxílio dos dados de sua movimentação financeira. A Secretaria da Receita Federal já dispõe de uma série de informações, obtidas mediante convênio com outros órgãos, cujo cruzamento possibilita a identificação de diversos sinais presuntivos de riqueza, tais como: propriedade de imóveis, propriedade de veículos, pagamentos efetuados por outros contribuintes *etc.* Esses registros refletem, no entanto, somente uma parcela da real riqueza do indivíduo, seja porque os haveres em geral não se resumem àqueles dados, seja porque não é raro o descompasso entre a pessoa que consta no registro de propriedade da coisa e seu real usuário, ou seja ainda porque nem todos informam seus pagamentos efetuados durante o ano. Por mais que o fisco expanda suas bases de dados, seu conteúdo não se compararia, em termos de significância de dados com transcendência tributária, à movimentação financeira do contribuinte, que circula sua riqueza pelos bancos, concentrando ali as informações

388 COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. *Improving Access...*, Op. cit., p. 11.

que interessam à administração tributária.

A potencialidade da medida ora em análise pode ser também aferida pelo efeito que ela provoca na sociedade, como uma forma de manifestação da atividade de polícia exercida pela administração tributária. Como bem assinala Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, a fiscalização tributária, como modo de exercício da atividade de polícia fiscal, desempenha dois papéis essenciais: o preventivo, pela possibilidade sempre presente de verificação do cumprimento das obrigações e deveres do contribuinte; e o repressivo, com a aplicação direta de sanções administrativas ou civis, ou mesmo com a informação da ocorrência de crimes tributários ao Ministério Público. Para bem cumprir ambos os papéis, o fisco necessita desenvolver ações que podem ser agrupadas em três grupos funcionais: função de comprovação e inspeção, função liquidadora ou de lançamentos, e função de obtenção de informações³⁸⁹. Pode-se afirmar, nesses termos, que o acesso às movimentações bancárias desempenha função tanto repressiva quanto preventiva, sendo essa última de caráter educativo e dotada de elevada eficácia, pela possibilidade de aquele tipo de ação fiscal ser levado ao conhecimento da coletividade, provocando uma certa inibição a muitos contribuintes que, diante da falta de vigilância, não hesitariam em omitir rendimentos para não ter que pagar imposto³⁹⁰.

Caso fosse vedado aos agentes fiscais o acesso às informações bancárias, o contribuinte mal intencionado, sabedor do fato de que o fisco dificilmente teria condições de comprovar sua verdadeira renda, declararia o que bem entendesse, e o resultado seria uma distribuição injusta da carga tributária entre os indivíduos. É essa a

389 BATISTA JÚNIOR, O. A., Op. cit. p. 225.

390 Uma demonstração do citado efeito preventivo pode ser encontrada na edição de 02 maio 2003 do jornal catarinense "A Notícia", que publicou artigo reportando a seguinte explicação para o inesperado aumento de declarações entregues naquele ano: "*Como em 2002 não houve aumentos salariais que justificassem o novo recorde, Bartos sugere que os números sejam reflexo de conscientização. 'Muitos pessoas que eram sócias de empresas, por exemplo, se declaravam isentas. A partir do ano passado, estas pessoas começaram a enfrentar problemas porque são obrigadas a fazer a declaração, mesmo que não recebam nada das empresas nas quais são sócias', explicou. Na prática, a partir de 2001, a Receita tornou possível a quebra do sigilo bancário e começou a fazer um minucioso cruzamento de informações da movimentação financeira dos contribuintes com a declaração de imposto. Só essas duas medidas elevaram em 10% o número de declarantes naquele ano.*" - RECEITA recebe 647 mil declarações pela Internet. A Notícia, Joinville, 02 maio 2003.

conclusão a que chegam os autores que militam na administração tributária, como Aylton Dutra LEAL, que acredita que “*sem esse elemento de apoio às atividades de fiscalização do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro ou o faturamento, o convite à sonegação de tributos estaria lançado*”³⁹¹; Mary Elbe Gomes Queiroz MAIA, para quem “*o entendimento no sentido de consagrar ou restringir o dever-poder de o fisco examinar as informações financeiras resultaria em tornar ineficaz a ação fiscal, pois somente poderiam ser passíveis de exame os valores que os contribuintes espontaneamente quisessem informar em suas declarações, resultando em violação da igualdade tributária, com total desprestígio daqueles contribuintes que não querem, ou não podem, esconder valores do crivo da tributação.*”³⁹²; e Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO, pois “*o tributo deixaria de ser uma obrigação compulsória, e passaria a ser uma contribuição voluntária, só pagaria tributo ou, pelo menos em níveis corretos, quem tivesse consciência desse dever ou espontânea vontade de contribuir para o pacto social.*”³⁹³

As consequências nefastas da negação das informações bancárias ao fisco foram identificadas pela OCDE, que conclui que tal vedação pode debilitar a confiança na justiça do sistema tributário, na medida em que os contribuintes percebem que outros conseguiram escapar das obrigações tributárias, abusando do sigilo bancário para ocultar rendimentos ou a real natureza das transações. O relatório registra ainda que a confiança na justiça do sistema tributário é essencial para estimular os contribuintes a cumprirem voluntariamente as leis tributárias, e que a percepção pelos contribuintes de que suportam uma proporção maior da carga tributária nacional tende a aumentar o contingente daqueles que não observam as leis fiscais³⁹⁴. Além disso, as

391 LEAL, A. D., Op. cit., p. 18.

392 MAIA, M. E. G. Q. A inexistência de..., Op. cit., p. 27.

393 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo Bancário e Tributário., Op. cit., p. 470.

394 COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. *Improving Access...*, Op. cit., p. 30.

autoridades fiscais dos países membros da OCDE estimam que as limitações ao acesso bancário para fins tributários causarão: a) comprometimento de sua capacidade de determinar e arrecadar o imposto devido pelos contribuintes; b) promoção de desigualdades entre os contribuintes que têm acesso aos recursos tecnológicos que facilitam o não respeito à legislação tributária, e aqueles que não têm; c) desigualdade de tratamento tributário entre o capital mobiliário e os rendimentos derivados do trabalho ou de propriedade imóvel; d) desestímulo ao cumprimento voluntário das obrigações tributárias; e) aumento dos custos da administração tributária e a conseqüente elevação das obrigações tributárias por parte dos contribuintes; f) distorção dos fluxos internacionais de capital; g) injusta competição tributária; h) bloqueio da cooperação internacional entre as administrações tributárias³⁹⁵.

7.4. A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

7.4.1. Introdução

Retomando noções já exploradas no capítulo 5.7, página 128, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme proclama Wilson Antônio STEINMETZ, citando doutrina de Manuel Medina GUERRERO, traduz-se na máxima de que se deve obter um equilíbrio entre as vantagens e prejuízos que inevitavelmente se produzem, quando limita-se um direito a fim de proteger outro direito ou bem constitucionalmente protegido; em suma, deve-se proceder a uma valoração confrontada dos interesses particulares e coletivos contrapostos, o que exige levar em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso concreto³⁹⁶. A jurisprudência

³⁹⁵ Ibid., p. 11.

³⁹⁶ Apud STEINMETZ, W. A., Op. cit. p. 152.

alemã tem recorrido freqüentemente a esse recurso hermenêutico, tendo o Tribunal Constitucional daquele país criado os seguintes critérios de aplicação: a) quanto mais sensível se revelar a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal em que o direito à vida prevalece sobre o direito à propriedade³⁹⁷. Em síntese, trata esse subprincípio da ponderação de bens propriamente dita, que Robert ALEXY condensa na sua lei de ponderação, assim enunciada por ele: “*quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam*”. A ponderação deve suceder em três fases: determinação da intensidade da intervenção, análise da importância das razões que justificam a intervenção, e a ponderação propriamente dita³⁹⁸.

A partir dessas noções, nossa argumentação em favor da proporcionalidade das medidas criadas pela Lei Complementar nº 105/2001 será construída com base nas teses de que o direito constitucional a ser protegido é relevante e que a intervenção provocada em direitos individuais não é tão intensa quanto querem os críticos.

7.4.2. Relevância do direito constitucional protegido

Quanto à preeminência do direito constitucional a ser tutelado, que se refere em última instância ao princípio da isonomia, remetemos o leitor ao capítulo 6, na página 133, em que se enfatizou sobretudo a efetividade do princípio da capacidade

397 BARROS, S. T., Op.cit., p. 83.

398 ALEXY, R. Colisão de..., Op. cit., p. 77-78.

contributiva. Antes de passar ao tópico seguinte, porém, consideramos recorrente a seguinte comparação pensada por Luigi Vittorio BERLIRI, em obra dedicada ao tema de justiça do tributo, e que destaca o caráter qualitativo da racionalidade das medidas ora em análise, isso é, a diminuição da desigualdade tributária, que se situa bem acima das razões puramente quantitativas como apregoam seus detratores, ou seja, o aumento de arrecadação tributária:

Dê um chocolate a uma criança para fazê-la rir de alegria; mas para fazê-la chorar, basta dar dois a seu irmão. Essa criança, que nada entende de justiça distributiva, gritará entre lágrimas que não é justo que tenha um só chocolate e seu irmão dois: a dor da injustiça, em definitivo, superará e dominará o prazer do presente. Do mesmo modo, o contribuinte a quem se aplique um imposto, antes de indagar se tal imposto é bom ou mau, se é racional ou improdutivo e talvez antes mesmo de indagar o que conviria fazer para satisfazê-lo, considerará a situação relativa dos demais contribuintes e refletirá se é justo que ele deva pagar esse imposto e que ele deve pagá-lo naquele montante. E se ele acha-o injusto, além de certo limite – entendendo não somente como inevitável reação superficial de desgosto, mas também no foro íntimo de sua consciência ético-jurídica – a dor da injustiça poderá superar, e em muito, à da não-satisfação de outras necessidades materiais que poderiam ter sido atendidas com o gasto absorvido pelo imposto³⁹⁹.

7.4.3. Garantias limitadoras da intervenção em direitos individuais

Antes de se proceder à investigação do grau de restrição de direitos individuais, releva recordar que, conforme nosso entendimento a respeito da natureza

399 Tradução livre do original: “*Dad a un niño una chocolatina y lo haréis reír de alegría; mas para hacerlo llorar bastará con dar simultáneamente dos a su hermano. Ese niño, que no entiende de códigos, ni de justicia distributiva, ni de acto normativo, gritará entre lágrimas que ‘no es justo’ que é tenga una sola chocolatina y su hermano dos: y el dolor de la injusticia, en definitiva, habrá superado y dominado al placer del obsequio. Del mismo modo, el contribuyente a quien se aplique un impuesto de 100, antes de preguntarse si dicho impuesto es ‘bueno’ o es ‘malo’, si es ‘racional’ o ‘improductivo’, y quizás antes todavía de preguntarse cómo le convendrá actuar para satisfacerlo, considerará la situación relativa de los demás contribuyentes y se preguntará se ‘es justo’ que él deba pagar ese impuesto y que deba pagarlo en aquella cuantía. Y si lo encuentra injusto más allá de un cierto límite – no ya, se entiende, como inevitable reacción superficial de disgusto, sino en el fuero íntimo de su conciencia ético-jurídica –, el dolor de la injusticia podrá superar, y con mucho, al de la no satisfacción de las otras necesidades materiales que habría podido atender con el gasto absorbido por el impuesto.*” - BERLIRI, Luigi Vittorio. *El Impuesto Justo*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986, p. 30-31.

do sigilo bancário, focado no capítulo 4.5, página 109, o direito individual colidente em geral é a liberdade do indivíduo de movimentar suas contas bancárias sem ingerência estatal, sendo que, em casos concretos, pode ocorrer colisão com o direito à intimidade do correntista.

Inicialmente, rejeitamos de plano a imagem do agente fiscal devassando arbitrariedade e ilimitadamente as contas bancárias do cidadão, caricatura essa desenhada por autores que tecem comentários como: *“não existe um direito genérico indiscriminado à fiscalização tributária que imponha ‘direitos’ a uma devassa fiscal a partir de presunções de lançamentos ou movimentações do contribuinte em sua conta corrente ou em qualquer aplicação financeira que realizar.”*(Marcelo FIGUEIREDO)⁴⁰⁰; *“possibilitar que o Estado tenha acesso indiscriminado a todos os dados e informações bancárias podem transformar o Estado em monstro, qual Leviatã de Hobbes, ou mais modernamente em ‘Admirável Mundo Novo’, de Huxley ou, também ‘1984’ de George Orwell.”* (Régis F. de OLIVEIRA)⁴⁰¹; *“a qualquer momento, por uma mera desconfiança do fisco, sem nenhum fundamento, o cidadão poderá ter sua intimidade invadida, ter seus negócios prejudicados pela quebra do sigilo bancário.”* (Francisco de Assis ALVES)⁴⁰².

Os termos “devassa fiscal”, “arbitrariedade” e “ilimitabilidade” são indicativos de agentes possuídos de poderes absolutos e de atos essencialmente discricionários e carentes de critério. A primeira premissa é descabida, em vista dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública. Em segundo lugar, o exame das informações bancárias é sempre realizado a partir de processo administrativo instaurado ou

400 FIGUEIREDO, Marcelo. O sigilo bancário e fiscal – algumas dimensões jurídico-políticas. In: DINIZ, Maria Helena (coord.). **Atualidade jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 248.

401 OLIVEIRA, Régis F. de., Op. cit., p. 101.

402 ALVES, Francisco de Assis. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001, p. 167.

procedimento fiscal em curso, atividade de caráter vinculado, sendo submetida a condições estipuladas pela Lei Complementar nº 105/2001 e pelo Decreto nº 3.724/2001, de 10 jan. 2001⁴⁰³.

O acesso aos dados bancários é concedido ao fisco pela referida lei através de dupla via de veiculação de informações: a) remessa de informações periódicas à administração tributária federal, pela qual as instituições de crédito obrigam-se a declarar à administração de impostos uma série de dados relativos às operações financeiras, nos termos do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001; b) requisição das autoridades fiscais de nível federal, estadual e municipal, em que os agentes fiscais requisitam às instituições financeiras a produção de documentos, conforme disposto no artigo 6º da mesma lei complementar.

Os informes periódicos que as instituições financeiras deverão remeter à Secretaria da Receita Federal se restringem à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem dos recursos financeiros e a natureza dos gastos realizados (§2º do artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001), isso é, nenhum dado que envolva o direito à privacidade ou à intimidade das pessoas é repassado ao fisco, ao contrário do que pensam alguns autores para quem o

403 A respeito de um decreto executivo ser ou não idôneo para regulamentar essa matéria, Dirceu Antonio PASTORELLO assenta que tal Decreto não é exigência da Lei Complementar nº 105/2001, sendo regulamento autônomo no âmbito da competência privativa do Poder Executivo, que decidiu antecipar em abstrato o juízo de indispensabilidade que a autoridade fiscal poderia fazer em cada caso concreto, enumerando de forma taxativa as hipóteses em que tal juízo se aplicará - PASTORELLO, Dirceu Antonio. *Sigilo Bancário e Tributário*. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 351. Há uma antiga discussão em torno da existência de regulamento autônomo no Direito pátrio. Em grupo de estudo coordenado por José Roberto VIEIRA, concluiu-se que a doutrina que admite essa categoria de regulamento é minoritária, sendo representada por Leila CUÉLLAR, Eros Roberto GRAU, Hely Lopes MEIRELLES e Diógenes GASPARINI, sendo que este último abandonou sua posição após promulgada a Constituição de 1988. Entre os que consideram os regulamentos autônomos como não acolhidos, não autorizados, inaceitáveis, impossíveis ou sequer cogitáveis em nosso Direito estão Michel TEMER, Clémerson Merlin CLÉVE, Roque Antônio CARRAZA, Geraldo ATALIBA e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO - VIEIRA, José Roberto VIEIRA; LESSNAU, Fábio Alessandro Fressato; OLIVEIRA, Cléverton Bueno de; CAVALI, Marcelo Costenaro; ISFER, Renata Beckett; BARRETO, Rita Carolina. *Perfil Constitucional do Regulamento e Alguns Reflexos Tributários*. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. n.4. 2000, p. 210-211. De nossa parte, entendemos que o Decreto nº 3724/2001 não é autônomo no sentido de inovar a ordem jurídica, pois nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, o juízo de indispensabilidade deve ser feito pela autoridade administrativa competente. Assim, o Poder Executivo apenas disciplinou, em abstrato, os critérios para a execução de ato administrativo de sua competência.

*“dispositivo ordena a quebra imediata da integralidade dos dados de todas as pessoas.”*⁴⁰⁴. Na verdade, esses registros viabilizam, para a administração tributária federal, a verificação do correto cumprimento de obrigações tributárias dos contribuintes, mediante confronto com os rendimentos que eles declararam à Receita Federal, fazendo parte daquilo que Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR denomina “fiscalização continuada” dentro do exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais⁴⁰⁵. Segundo relatório da OCDE, as informações periódicas automáticas fornecidas pelos bancos ao fisco, prática que ocorre em dezenove dos trinta países membros, beneficiam tanto a administração fazendária como os contribuintes, pois: a) viabilizam a verificação da informação declarada pelos contribuintes; b) provocam aumento da adesão voluntária à observância das leis tributárias, já que os contribuintes sabem que dados seus são transmitidos ao fisco; e c) possibilitam à administração tributária implementar programas que beneficiam os contribuintes pela redução de formalidades que devem cumprir⁴⁰⁶.

Já os dados mencionados no artigo 6º são aplicáveis no curso de uma ação fiscal em andamento, e referem-se a um determinado contribuinte já identificado, sendo expressamente exigido processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e ainda que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. O artigo 6º foi disciplinado pelo Decreto nº 3.724/2001, que traz em seu artigo 3º as circunstâncias objetivas consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ RODRIGUES, M. T. M., Op. cit., p. 181.

⁴⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, T. S. Sigilo de dados..., Op. cit., p.150-151.

⁴⁰⁶ COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. *Improving Access...*, Op. cit., p. 29-30.

⁴⁰⁷ Esses critérios são os seguintes: I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado; II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos; III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável; V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível; VI -

O dispositivo em comento prevê garantias formais ao sujeito passivo. O procedimento de fiscalização deverá ser precedido de documento denominado Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), que garante ao contribuinte que: a) aquela autoridade fiscal encontra-se respaldada para efetivar a fiscalização, através de ordem expedida pelo Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor, integrante da estrutura de cargos e funções da Secretaria da Receita Federal; b) a ação fiscal deverá ser efetivada dentro dos limites ali estipulados (aquele contribuinte, naqueles períodos, aqueles tributos, naquele prazo); c) a autenticidade do mandado pode ser comprovada por telefone ou endereço da repartição, ou ainda pela Internet, mediante código de acesso, tudo mencionado no documento, nos termos do §5º do artigo 2º do Decreto nº 3.724/2001.

Uma consequência imediata das garantias trazidas pelo MPF é que o auditor fiscal não tem a liberdade de “escolher” o contribuinte que vai fiscalizar, o que afasta as bem observadas preocupações de Carlos Henrique ABRÃO, sobre se *“há um controle sobre o controle da fiscalização, ou seja, distribuir o poder de fiscalizar a alguns agentes e não indiscriminadamente, com o aviso de comunicação que revela incorreção ou falha em relação ao contribuinte ou pessoa sob investigação”* (sic)⁴⁰⁸. Uma segunda consequência advinda é a de que ao auditor fiscal tampouco compete “arbitrar” o período sob fiscalização, o que repele igualmente outra apreensão do mesmo autor, receoso de que *“de posse dos dados relativos à investigação, cumpre ao*

remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; VII - previstas no art. 33 da Lei no 9.430, de 1996; VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais: a) cancelada; b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei no 9.430, de 1996; IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada; X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira; XI - presença de indicio de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato. § 1º Não se aplica o disposto nos incisos I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso. § 2º Considera-se indicio de interposição de pessoa, para os fins do inciso XI deste artigo, quando: I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei no 9.430, de 1996; II - a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha: a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.

408 ABRÃO, Carlos Henrique. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 138.

*agente gizar o período e declinar as operações que procura conhecer mais precisamente, sob pena de, munido de simples mandado expedido pelo superior, devassar completamente a vida particular e negocial do indivíduo, exposto a toda a sorte de arroubos e conclusões”*⁴⁰⁹. O autor demonstra ainda justificada inquietação com a possibilidade de “*contemplanar o agente administrativo com o acesso total e irrestrito dos dados, que prestigiaria uma verdadeira caça às bruxas [...] Dito isso, portanto, cogita-se de um elemento visível que ampare a quebra do sigilo pelo agente à luz da legislação, e permeado de fundamento que represente à imprescindibilidade do acesso aos dados pesquisados.*”⁴¹⁰ A falta de critério reclamada pelo autor foi preenchida pelo legislador ao disciplinar as circunstâncias objetivas consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários, no artigo 3º do Decreto nº 3.724/2001, comentado linhas atrás.

Um outro termo pejorativo utilizado pela crítica é “bisbilhotar” as contas alheias, como se o acesso fosse efetivado “na surdina”, um “*verdadeiro poder geral de devassa, que, como o próprio crime tributário, pode ser utilizado às escondidas e, pior, para investigar e atacar inimigos da ordem política, ainda mais em anos eleitorais*”⁴¹¹. Ora, todo procedimento fiscal em que os agentes fiscais necessitam de esclarecimentos acerca de uma dada situação do contribuinte, seja oriundo de processo administrativo, seja em decorrência de ação fiscal, é, em regra, acompanhado da prévia intimação ao sujeito passivo, dando-lhe oportunidade para que se manifeste. Nessa matéria, o legislador foi cuidadoso, prescrevendo expressamente que a requisição aos bancos deverá ser precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira (§2º do artigo 4º do Decreto nº

⁴⁰⁹ Ibid., p. 139.

⁴¹⁰ Id.

⁴¹¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação à quebra indevida do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 232.

3.724/2001)⁴¹². Combinando essa regra com a do caráter de indispensabilidade dos dados do artigo 6º da LC 105/2001, conclui-se que o fisco somente pode recorrer às instituições financeiras se o contribuinte não esclarecer as razões que motivaram o procedimento fiscal, quais sejam, as divergências entre o montante de suas movimentações bancárias e seu rendimento declarado. Desfaz-se aqui a tese, a que muitos recorrem, de que todo contribuinte torna-se equiparado a sonegador, que não se sustenta tendo em vista a obrigação do agente fiscal de abrir oportunidade para que o intimado apresente suas razões⁴¹³. Há, de fato, diversos motivos legítimos que ensejam alta rotatividade bancária, como no caso de profissional que intermedeia valores entre seus clientes e beneficiários, como representante comercial, advogados *etc.*

Esclarecidas as divergências, pela ocorrência de hipóteses como as acima mencionadas, não haverá mais motivos para requisitar informações aos bancos. Por outro lado, podem haver diversas motivações pelas quais o contribuinte decida não apresentar os extratos bancários à autoridade fiscal para esclarecimento das divergências; entendemos, porém, que essa decisão nunca será motivada por questões de intimidade. Sendo o interesse do fisco circunscrito aos rendimentos do indivíduo, as dúvidas recaem sobre a natureza dos ingressos bancários, e não sobre os gastos do sujeito passivo. A intimidade que a doutrina se esforça em preservar encontra-se velada nas despesas bancárias do correntista, como se depreende a partir dos seguintes comentários: *“Todas as despesas ordinárias feitas pelo cidadão comum em sua vida cotidiana devem ser consideradas parte de sua vida privada, familiar ou doméstica e, portanto, protegidas contra interferência a despeito de qualquer pretexto. Desde as*

412 Essa garantia não era prevista na sistemática anterior, executada com base no art 38, §5º da Lei 4.595/64 e no art. 197 do CTN, o que motivou críticas como essa feita por Ives Gandra da Silva Martins: *“é certo, por outro lado, que tal intervenção não se há de verificar à revelia do titular do direito, que deverá ser devidamente notificado das providências requeridas antes mesmo de sua realização.”* - MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade*. IOB-Repertório de Jurisprudência: trib. e constitucional. São Paulo. n.24. dez. 1992, p. 436-438.

413 Conforme assim pensa Melissa FOLMANN: *“a lei em comento parte da premissa de que todos são sonegadores, todos são culpados, atingindo mais uma vez a Constituição, a qual garante a todos o direito à presunção de inocência”* - FOLMANN, Melissa. *Sigilo bancário e fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 117.

*condutas mais corriqueiras como as compras efetuadas em um supermercado para a manutenção da família, quanto aquelas outras moralmente reprováveis, como presentes ou jóias compradas e dadas a quem presta ao homem serviços de natureza extraconjugal, tudo está abarcado pelo manto da proteção à vida privada.”*⁴¹⁴; “*na sociedade de consumo contemporânea, os dados dos cartões de crédito e dos extratos bancários podem revelar informações das mais constrangedoras, tais como as lojas, hotéis e restaurantes, o tipo de roupas, as viagens realizadas, a opção sexual, a religião, enfim, informações estritamente pessoais e absolutamente excluídas do domínio público*”⁴¹⁵; “*o que cada um veste, o que oferece ao cônjuge e aos filhos, os restaurantes que frequenta, as viagens que realiza, como decora a casa, os estudos dos filhos, o volume da sua leitura, as próprias aventuras extra-conjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz a partir da sua conta bancária.*”⁴¹⁶

Deduzimos daí que não há justificativas para o contribuinte se furtar aos esclarecimentos requeridos, alegando violação à sua intimidade; mesmo que os documentos bancários conduzam a questões íntimas, não há óbice para que ele possa preservá-las e concomitantemente atender aos questionamentos. Acreditamos, assim, ser lícito concluir que inexistem razões de natureza íntima que possa o indivíduo argüir para se opor aos esclarecimentos da divergência verificada entre sua movimentação financeira e seus rendimentos declarados ao fisco. A consequência de tal omissão será a requisição dos dados bancários junto às instituições financeiras. Aceitar a alegação de que tal conduta viola a intimidade desse contribuinte, além de infundada, seria também negar com veemência o brocardo jurídico que preceitua que “ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza”. Insistimos, com Oswaldo Othon de Pontes SARAIVA FILHO, que “*a administração tributária não deve nem tem mesmo*

414 BASTOS, C. R. *Sigilo Bancário e Tributário...*, Op. cit., p. 116-117.

415 CLÈVE, C. M. *Crimes Fiscais...*, Op. cit., p. 59-60.

416 CAMPOS, Diogo Leite de. *O Sigilo Bancário. In: _____ et al. Sigilo Bancário*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 16.

*interesse de tomar conhecimento das movimentações bancárias dos usuários dos serviços das instituições financeiras – saber quem recebeu de quem ou quem pagou a quem, ou o que a pessoa comprou ou pagou: interessa apenas saber o total depositado nas contas bancárias, para verificar o que foi declarado, para fins do imposto de renda.”*⁴¹⁷

Somente em caso de recusa ou insuficiência de esclarecimento por parte do contribuinte estará o fisco autorizado a levantar o sigilo bancário junto às instituições financeiras, operacionalizado mediante termo próprio denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), que será acompanhado de relatório circunstanciado, em que a autoridade fazendária descreve a motivação da proposta de expedição da RMF, demonstrando, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade das informações, conforme o comando dos §§ 5º e 6º do artigo 4º do Decreto nº 3.724/2001.

Como é cediço na doutrina, as informações produzidas durante o procedimento de fiscalização estão cobertas pelo sigilo fiscal, não podendo ser transferidas a terceiros, no que constitui exceção ao princípio da publicidade da Administração Pública, sujeitando o servidor faltante às penalidades cabíveis⁴¹⁸. Não obstante esse entendimento, o legislador cuidou de conferir ao contribuinte a garantia expressa do dever de sigilo por parte da autoridade fazendária portadora dos documentos bancários, cominando ao infrator a pena máxima na esfera administrativa

417 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O direito do contribuinte ao sigilo bancário. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.9. maio. 2000, p. 222.

418 Consoante doutrina de Betina Treiger GRUPENMACHER: “Aqui, o princípio da publicidade cede diante da garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo. Existindo, dentro do procedimento administrativo fiscal dados, documentos ou fatos afetos à intimidade e à vida privada do contribuinte, o princípio da publicidade aplica-se única e exclusivamente entre as partes envolvidas no procedimento, não sendo dado a terceiros o conhecimento de tais informações sigilosas.” - GRUPENMACHER, Betina Treiger. O Princípio da Publicidade e a Garantia do Sigilo no Processo Administrativo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Processo administrativo fiscal, 5º volume**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 29; e de Pedro Guilherme Accorsi LUNARDELLI: “A transparência deve ser entendida como a obrigação de a administração tornar pública a existência e o alcance do seu ato de fiscalização (proporcionalidade em face da razoabilidade), mas não exige que se faça ciente terceiro, além do próprio contribuinte, sobre os fatos presuntivos de capacidade tributária que foram objeto do ato de fiscalização.” - LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Princípio da Publicidade e a Garantia do Sigilo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Processo administrativo fiscal, 5º volume**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 128.

– a demissão – sem prejuízo de sanções civis e penais cabíveis (artigo 9º do Decreto nº 3.724/2001).

Em síntese, a ordem de levantamento do sigilo é subordinada a uma série de garantias⁴¹⁹: a) existência de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal; b) indispensabilidade dos dados bancários para a apuração dos fatos; c) formalidades que delimitam a ação fiscal; d) intimação prévia do sujeito passivo para que apresente e esclareça as informações requeridas, que, sendo atendidas dispensam a quebra do sigilo; e) conservação do sigilo.

7.4.4. Intensidade da intervenção em direitos individuais

Os autores que defendem o sigilo bancário sustentam que o grau de intervenção provocado pelas medidas previstas na Lei Complementar nº 105/2001 é muito elevado, tendo em vista o valor atribuído ao respectivo direito individual, razão pela qual rejeitam a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial.

Sabe-se, por outro lado, que, além do fisco, as informações bancárias despertam interesse de outras pessoas, situadas no setor privado. Bancos de dados de controle do crédito dos consumidores, como o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito)⁴²⁰

419 Essas garantias não eram previstas na sistemática anterior, executadas com base no art 38, §5º da Lei 4.595/64 e no art. 197 do CTN, o que motivou críticas como essa feita por Márcia Regina FERREIRA: *"percebe-se que o fisco busca uma violação do sigilo bancário de forma ampla e incondicional, bastando, ao ver da administração fazendária, o 'Termo de Início de Fiscalização', para legitimar o pedido de quebra de sigilo bancário"* - FERREIRA, Márcia Regina. O sigilo bancário e o Fisco. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coord.). **Processo Tributário Administrativo e Judicial**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 165-166.

420 O SPC, o mais amplo serviço de controle de crédito do consumidor no Brasil, é ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL), e detém atualmente aproximadamente 70% do mercado brasileiro de informações de crédito ao consumidor, atuando junto a 850 Câmaras de Dirigentes Lojistas no País. O primeiro SPC do Brasil surgiu em Porto Alegre em julho de 1955, mediante a iniciativa de 27 empresários locais - CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n.46. p.77-119. abr./jun. 2003, p. 89.

e a SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S.A.)⁴²¹ tornaram-se comuns no Brasil, como resultado da massificação das relações comerciais, que acentuou a dificuldade dos sujeitos participantes de um negócio jurídico de se identificarem e de avaliarem o grau de confiabilidade e a capacidade creditícia do parceiro⁴²². Na realidade, como esclarece Athos Gusmão CARNEIRO, esses bancos de dados não operam no interesse dos beneficiários imediatos, como os bancos e os comerciantes, mas sobretudo no interesse do próprio instituto do crédito bancário, como um bem em si mesmo, absolutamente indispensável a qualquer economia moderna, e de inestimável valia a todos os que participam da vida econômica da Nação.⁴²³ Diante da vital importância do crédito para o funcionamento estável das instituições financeiras, segundo Humberto THEODORO JÚNIOR, a lei veio a permitir sistemas de cadastros da impontualidade dos devedores, com fins de proteger o crédito e dar informações aos bancos sobre os possíveis futuros devedores⁴²⁴.

Essas informações atinentes às dívidas do consumidor ou do correntista, não fariam parte de sua intimidade? Sérgio Carlos COVELLO responde afirmativamente: *“nota-se, em quase todas as pessoas, certo pudor natural no que concerne à soma de seus bens, ao seu ordenado, a sua renda, a suas dívidas e a seu sucesso ou fracasso nas operações financeiras”*⁴²⁵. Além disso, as informações que se destinam à proteção

421 É pessoa jurídica constituída em junho de 1968 por noventa bancos, sob a forma de sociedade anônima, com sede e foro na cidade de São Paulo. Presta serviços auxiliares aos bancos, cabendo-lhes basicamente conceber, organizar e executar um sistema central de cadastro, que registra dados e informações relevantes à concessão de financiamentos aos clientes bancários, tais como os protestos de títulos cambiários, a emissão de cheques sem fundos, a pendência de débitos inadimplidos, o ajuizamento de ações de execução em que pretendentes a crédito bancário figurem como executados, o ajuizamento de ações de busca e apreensão, os pedidos e decretações de falência e concordatas, os inadimplementos perante empresas *etc* - CARNEIRO, Athos Gusmão. Do cadastramento bancário e sua legitimidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v2. n.5. p.258-268. mai./ago. 1999, p. 258.

422 CARVALHO, A. P. G., Op. cit., p. 89.

423 CARNEIRO, A. G., Op. cit., p. 259-265.

424 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Serasa: Medidas cautelares intentadas pro devedores inadimplentes. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v2. n.5. p.269-282. mai./ago. 1999, p. 271.

425 COVELLO, S. C., Op. cit., p. 156.

do crédito, e que podem ser obtidas por terceiros, não se limitam à existência de dívidas: nos termos da Circular 2.989/2000, o Banco Central determinou que as instituições financeiras forneçam as seguintes informações ao beneficiário de cheque devolvido sob determinadas circunstâncias: nome completo e endereços residencial e comercial do emitente, conforme constarem da ficha-proposta⁴²⁶. Verifica-se, pois, que a mitigação do sigilo bancário constitui prática costumeira no âmbito das centrais de risco financeiro, as quais manejam portentoso banco de dados com informações diversificadas sobre pessoas físicas e jurídicas, que são trocadas sem qualquer prévia aquiescência judicial^{427 428}. Dessa forma, pode-se concluir que a legitimidade dos serviços de proteção ao crédito, que aqui não se questiona, resulta de uma ponderação de bens, em que a intimidade do inadimplente cede perante o instituto do crédito, de inegável relevância jurídico-social.

Impossível aqui deixar de perceber o paralelo que se estabelece entre a colisão acima identificada e a que constitui o objeto do presente estudo. Se, por um lado, o direito à intimidade rende-se à proteção do crédito, por outro lado, como poderia prevalecer perante o direito à isonomia? Por uma questão de lógica cartesiana, a única possibilidade que ampararia ambas as teses seria a predominância dos valores da segurança, da propriedade e da igualdade do crédito sobre o valor da efetiva igualdade no âmbito tributário. Essa hierarquização de valores é absurda, pois apesar de o crédito passar da esfera de mero interesse privado para o âmbito do interesse público e social, que assegura um sistema financeiro saudável, seguro, estável, forte,

426 Carlos Alberto HAGSTROM discute a validade desse regulamento em vista dos novos dispositivos introduzidos pela LC 105/2001, que enumera as exceções ao dever do sigilo bancário. O autor sustenta a validade da mencionada circular, entendendo que as informações fornecidas a terceiros, credores por cheques constituem limites naturais do sigilo bancário - HAGSTROM, Carlos Alberto. A nova lei do sigilo bancário e o fornecimento de informações cadastrais. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v.4. n.12. p.72-8. abr./jun. 2001, p. 76.

427 BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124.

428 No mesmo sentido Maria José Oliveira Lima ROQUE assevera que *“Não é raro que alguns consumidores, na hora do pagamento da compra, tenham seus cheques recusados, em virtude de consulta aos órgãos de proteção do crédito. Qualquer caixa de loja sabe a situação bancária dos fregueses, pesquisando os bancos de dados dos órgãos de informação ao crédito. Assim, observa-se que, na prática, o sigilo não é tão rigoroso quanto propõem os defensores da primeira corrente.”* - ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 116.

com repercussões nos desígnios da economia de todo o País, e cujo colapso pode representar a ruína econômica de toda a nação, a subserviência aos comandos internacionais, a perda da independência de fato de um Estado⁴²⁹, esse bem não é diretamente assegurado pela Constituição, ao contrário do princípio da capacidade contributiva, cuja efetividade foi expressamente desejada pelo constituinte. Some-se a isso o fato de que o risco de exposição da intimidade é maior no sistema de crédito do que no ato de fiscalização pelo fisco, que é sempre pessoal e sigiloso, envolvendo somente o contribuinte e o agente fiscal, ao contrário do que ocorre nas consultas de crédito, que acontecem em lugares públicos.

Portanto, por uma questão de coerência, tanto o ideal da isonomia quanto a importância do crédito devem preponderar; e a justificação para ambas as situações é a mesma: a intensidade da intervenção no direito à intimidade agredido não é tão elevada quanto preconiza a doutrina majoritária, em vista das garantias explicadas no capítulo precedente. Tanto não há grave intervenção em direito individual, que o legislador determinou, nos termos do §3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que, entre outras hipóteses, o acesso às movimentações financeiras pelo fisco, a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, e o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes a entidades de proteção ao crédito, não constituem violação do dever de sigilo. Daí a doutrina, a qual acompanhamos, falar em “transferência do sigilo”, que enfatiza um dos aspectos das garantias cuidadas pelo legislador: a do dever do sigilo por parte do receptor do dado.

Outra situação paralela que se pode estabelecer é a que ocorre com os funcionários do banco, que podem ter acesso às informações íntimas do correntista. Luis Sergio LANGOWSKI explora essa relação com base na teoria da expectativa de privacidade (*expectation of privacy*), construída por jurisprudência americana, segundo

429 THEODORO JÚNIOR, H., Op. cit., p. 271.

a qual a caracterização da privacidade e da intimidade decorreria de uma intenção ou vontade do indivíduo, não necessariamente explícita, de que determinado comportamento ou aspecto de sua vida se mantivesse em reserva ou, ao contrário, pudesse ser de conhecimento de algumas ou de quaisquer outras pessoas. Assim, da mesma forma que o correntista tem a expectativa de sigilo contra todos, exceto os empregados do banco, pois é conhecedor do fato de que estes podem acessar seus dados, teria ele a expectativa de reserva das informações, excetuando-se também autoridades públicas, em caso de lei prevendo tal hipótese que o faria ciente dessa circunstância⁴³⁰. Dessa forma, a diversidade de tratamento encerra uma incoerência: por que motivo um indivíduo que não se importa em ter seus dados vistos pelo funcionário do banco, sentir-se-ia violado em sua intimidade ao ter as mesmas informações lidas por um agente fiscal? Alguns diriam que se pode selecionar as pessoas em relação as quais se tolera a revelação de dados íntimos; entretanto, em geral, não se conhecem todos os empregados da agência, até porque entre eles há alta rotatividade; mesmo admitindo que a intimidade comporta seletividade, a escolha não pode ser individual, mas por categoria. Por que motivo, assim, estaria sempre justificada a escolha da categoria dos funcionários do banco para compartilhar dados íntimos, e nunca a dos agentes fazendários?

A intensidade da intervenção no direito individual deve sempre ser avaliada em função do bem ou direito social colidente. Robert ALEXY ilustra dois exemplos opostos: o caso tabaco e o caso padeiro. No primeiro, o dever legal da indústria de tabacos de introduzir advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos é uma intervenção no direito fundamental da liberdade de exercício profissional, que colide com o bem coletivo saúde; essa intervenção tem uma intensidade muito pequena, podendo a indústria continuar ativa, enquanto que as razões para a contenção dos prejuízos relativos à saúde causados pelo fumo são mais graves; a ponderação conduz,

430 LANGOWSKI, Luis Sergio. **Direito à intimidade e sigilo bancário**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - UFPR, p. 196-198.

quase obrigatoriamente, à solução da colisão: a intervenção na liberdade de profissão é constitucional. No caso padeiro, hipoteticamente, proíbe-se aos padeiros a produção de doces, cucas e tortas, sob a alegação de que fazem mal à saúde; essa proibição intervm muito intensamente na liberdade de profissão do padeiro, porque o adoecimento dos dentes pelo consumo dos doces tem peso mediano; assim, a regulação proibitiva seria inconstitucional⁴³¹. A diferença essencial entre esses dois casos extremos está no efeito da intervenção que, na hipótese considerada inconstitucional, implicaria a interdição total do exercício individual de fabricar doces, enquanto que no exemplo do tabaco a indústria continua exercendo seu direito de produzir cigarros. Ora, a colisão que investigamos é nitidamente mais próxima desse último caso, pois não se ameaça, nem muito menos se retira, o direito à intimidade do contribuinte. O titular da conta bancária tolera o acesso de suas informações pelos empregados do banco porque acredita que a probabilidade de ter seus dados expostos a outros não é elevada a ponto de intervm em sua intimidade. Considerando que não há motivos para avaliar que essa probabilidade é maior caso a informação esteja de posse de um agente fiscal, segue-se que inexistem razões para o contribuinte ponderar que o exame de sua movimentação financeira provoque grave intervenção em sua intimidade, e muito menos que venha a se sentir ferido em sua dignidade.

Cumpramos registrar, finalmente, que um levantamento efetuado pela OCDE com base em questionário respondido pelos próprios países membros e consolidada no relatório *“Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais”* (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), publicado em março de 2000, demonstra que, dos trinta países membros da OCDE, apenas na Áustria, em Luxemburgo e na Suíça, o acesso às informações bancárias não pode ser feito diretamente pelo fisco, necessitando de autorização judicial⁴³². A limitação imposta

431 ALEXY, R. Colisão de..., Op. cit., p. 78

432 No relatório *“Melhorando o acesso à informação bancária para fins fiscais”* (*Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*), publicado pela OCDE em março de 2000, Portugal também faz parte desse grupo. Entretanto, em dezembro de 2000, os portugueses publicaram a Lei nº 30-G

nesses três países pode ser explicada pelo fato de que entre eles o sigilo bancário atua como instrumento de captação de recursos, fazendo parte das estratégias políticas e econômicas nacionais. Com relação aos demais, lembrando que o princípio da tripartição de funções também vigora entre eles, todos eles decidiram não acolher a tese da reserva absoluta de jurisdição para o sigilo bancário. Os argumentos construídos pelos autores brasileiros - reserva absoluta de jurisdição, repartição de poderes, imparcialidade do juiz *etc* - sempre giram em torno do valor por eles atribuído ao direito à intimidade. Conforme detalhado no capítulo 2.4, página 23, esse direito individual tem sido bastante debatido no estrangeiro, sobretudo nos países ibéricos, cujos legisladores também optaram por fazê-lo ceder perante bens ou direitos coletivos. Com base nessa análise do direito comparado, e atendendo ao alerta do professor da Universidade Federal do Paraná José Roberto VIEIRA, que lembra que *“o direito comparado não se resume ao mero conhecimento do direito dos outros estados, pressupondo-o sim, mas realizando-se adicionalmente pela utilização da análise comparativa e pelo estabelecimento de conclusões”*⁴³³, a ilação que se extrai é que a tarefa da doutrina, em vista do panorama mundial, é árdua: incumbe-lhe identificar as circunstâncias, genuinamente brasileiras, que levam a ponderar que o direito à intimidade deve se sobrepor ao direito de isonomia, ainda que o grau de intervenção individual seja baixo.

7.4.5. Liberdade ou igualdade?

Nas linhas anteriores, sustentamos a proporcionalidade das medidas adotadas pela Lei Complementar nº 105/2001 em vista da colisão que se estabelece

(Lei da Reforma de Tributação do Rendimento) que prevê a possibilidade de acesso direto pelos agentes fazendários, sob certas condições, conforme explanado no capítulo 2.4.6, página 45.

⁴³³ VIEIRA, J. R. *Medidas Provisórias...*, Op. cit., p. 91.

entre o direito à intimidade do titular da conta bancária e o princípio da isonomia no terreno tributário. Assumindo nossa posição com respeito ao fundamento do sigilo bancário, exposta no capítulo 4.5, página 109, a colisão daí decorrente, de caráter mais genérico, ocorre entre o direito individual de liberdade do correntista de movimentar livremente suas contas bancárias sem ingerência estatal e o princípio da isonomia.

Retomemos a Norberto BOBBIO para, uma vez mais, refletir sobre a liberdade negativa, que nos inspirou na busca do fundamento do instituto do sigilo bancário. Ensina o jurista e filósofo italiano que *“a liberdade que um uso cada vez mais difundido e freqüente chama de liberdade negativa consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido técnico-jurídico, permitem ou não proíbem (e, enquanto tal, permitem não fazer).”*⁴³⁴ A liberdade em sentido negativo refere-se, portanto, ao próprio princípio da legalidade, garantido pela Constituição Federal, artigo 5º, II (*“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*). O titular da conta bancária dispõe, assim, da liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, como abrir quantas contas lhe convier, transferir recursos para quem desejar, permitir que outros a compartilhem e assim por diante. O limite de sua liberdade é a proibição prevista por lei e, assim, não poderá, por exemplo, movimentar recursos em moeda estrangeira, abrir contas anônimas ou impedir que o fisco requisite seus extratos junto aos estabelecimentos bancários quando se recuse a esclarecer a natureza de certos depósitos, por força da Lei Complementar nº 105/2001.

O embate que se trava acerca de permitir-se ou não a quebra de sigilo bancário por parte da administração fazendária, em última análise, tem como pano de fundo a dialética entre a liberdade e a igualdade. Oportunamente, cabe trazer a seguinte observação retirada de obra de José Afonso da SILVA:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões,

434 BOBBIO, N. *Igualdade e...*, Op. cit., p. 49.

os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.⁴³⁵

Um princípio econômico elementar reza que um bem tem tanto mais valor quanto mais escasso for; por vezes, curiosamente, tendemos a avaliar que um bem é tanto mais necessário quanto mais inacessível estiver. Da mesma forma, tendemos a valorizar e a necessitar de um direito em épocas em que ele é reprimido, muito mais do que quando é garantido. Como é de recente lembrança, passamos por um período ditatorial que provocou, entre outras amarguras, a privação da liberdade do indivíduo, fato que talvez explique a razão de esse direito ser, ainda hoje, tão defendido entre nós. A imagem sombria de um regime totalitário, de um Estado todo poderoso, construída por aqueles que defendem o sigilo bancário com tanta convicção (podemos agora denominá-los de liberais), inspirados nos romances de George ORWELL e Aldous HUXLEY, não nos parece ser mais do que um reflexo da lembrança do regime militar, que é trazida a tona a todo instante pela imprensa. Queremos com isso dizer que os liberais possuem um padrão negativo de comparação, pois muitos deles são testemunhas oculares da carência de liberdade e lutam legitimamente contra o seu retorno.

Já com relação ao direito à igualdade, a história brasileira jamais ofereceu um referencial comparativo. Não consta a existência de nenhum período, em qualquer parte do território nacional, em que a desigualdade no sentido econômico tenha sido muito diferente da situação atual. O Brasil sempre foi um país de desiguais, sobretudo no que concerne à distribuição de riquezas; assim, não pode haver autor que tenha medo de regredir a uma época de exceção, ou que se lamente por escapar-lhe a

435 SILVA, J. A. da. *Curso de...*, Op. cit., p. 210.

possibilidade de poder voltar a um período mais justo, porque simplesmente nunca houve tempos mais ou menos igualitários. A história da desigualdade de renda no Brasil sempre foi uma constante: é como se isso fosse uma realidade dada e estivéssemos fadados a nos acostumar com esse cenário.

Como pode o Direito lidar com essa situação? Dentre os muitos conceitos de Direito formulados pelos juristas, o mais recorrente nesse momento é aquele formulado por IHERING, que entendia que o Direito é o interesse juridicamente protegido. Se entendermos que o jurista referia-se ao direito positivo, e se recordarmos que ele se distingue da Ciência do Direito, como faz questão de frisar Paulo de Barros CARVALHO, acreditamos que nem tudo está perdido⁴³⁶. A via científica, ainda que não imune a interesses, pode ser um caminho para a quebra de realidades dadas. Aqui há espaço para reflexões como essa do filósofo Philippe VAN PARIJS, professor da *Université catholique de Louvain*:

Houve na história da humanidade e há nas sociedades contemporâneas três poderosas instituições de redistribuição, de pessoas economicamente mais avantajadas para as menos avantajadas. São a família, a empresa e o fisco. [...] Estou convencido de que nossa capacidade coletiva de evitar um esgotamento, ou pelo menos um enfraquecimento gradual, da otimização do mínimo sustentável, exige de um número suficiente de contribuintes uma adesão suficientemente forte à legitimidade de um sistema redistributivo, do qual eles são, pelo menos em aparência, as vítimas. Quais são as condições de uma tal adesão? Primeiramente, uma conscientização do grau em que os titulares de rendas elevadas devem sua fortuna a contingências históricas bem mais que às suas qualidades, às suas escolhas, e a seus esforços pessoais. [...] Além disso, é claro que o civismo fiscal só pode ser estimulado pela confiança que cada um pode ter na capacidade do sistema fiscal de detectar e impor imparcialmente sobre as rendas de todos os demais. A transparência é muito importante para o civismo. O dia em que todos os devedores de rendas forem estritamente obrigados a notificar todo pagamento à administração fiscal competente, a tarefa do contribuinte será facilitada não só materialmente. Ela será também moralmente menos onerosa do fato que, bem mais que hoje, ele poderá razoavelmente crer que não será o único a pagar sua obrigação. Finalmente, o potencial de um civismo fiscal depende também crucialmente da confiança que os contribuintes pensam poder depositar na competência e integridade daqueles que, em diversos níveis (e sobretudo aos níveis mais visíveis) são encarregados de arrecadar, de repartir ou de utilizar o produto do imposto. Não há razão para supor que mandatários políticos e funcionários sejam menos

436 CARVALHO, P. de B. *Curso de...*, Op. cit. p. 1-4.

honestos que a média dos cidadãos⁴³⁷.

É claro que não estamos afirmando, ingenuamente, que uma tributação isonômica iria, por si só, produzir a redistribuição de renda desejada, pois nenhum problema estrutural pode ser resolvido através de uma única medida. Reconhecemos também que nem sempre os dispositivos legais tributários introduzidos em nosso país têm-se pautado pelo critério da redistribuição de riqueza; entretanto, quando tal ocorre, é fundamental prestigiá-los, como é o caso da lei em comento. O importante é que as ações caminhem no sentido pretendido. Além do mais, se é verdade que a igualdade tributária, isoladamente, não redistribui a riqueza para níveis razoáveis, não menos verdadeiro é afirmar que a atenuação da desigualdade social para patamares civilizados não pode ser atingida sem uma tributação justa. Ao longo desse trabalho tentamos argumentar que o alcance dessa meta passa necessariamente pela quebra do sigilo bancário pelo fisco. O preço que se paga pode ser alto para muitos, mas é proporcional ao bem reivindicado por todos os demais.

437 Tradução livre do original: “Il y a eu dans l’histoire de l’humanité et il y a dans nos sociétés contemporaines trois puissantes institutions de redistribution des personnes économiquement les plus avantagées vers les moins avantagées. Ce sont la famille, l’entreprise et le fisc. [...] Je suis convaincu que notre capacité collective à éviter un effondrement, ou du moins un affaissement graduel, du maximum soutenable exige de la part d’un nombre suffisant de contribuables une adhésion suffisamment forte à la légitimité d’un système redistributif dont ils sont, à tout le moins en apparence, les victimes. Quelles sont les conditions d’une telle adhésion? D’abord une prise de conscience du degré auquel les titulaires de revenus élevés doivent leur fortune à des contingences historiques bien plus qu’à leurs qualités, à leurs choix et à leur efforts personnels. [...] Ensuite, il est clair que celui-ci ne peut qu’être encouragé par la confiance que chacun peut avoir dans la capacité du système fiscal à détecter et imposer impartialement les revenus de tous les autres. La transparence est pour le civisme d’un précieux appoint. Le jour où tous les débiteurs de revenus – du capital comme du travail, à l’étranger comme en Belgique – seront strictement tenus de notifier tout paiement à l’administration fiscale compétente, la tâche du contribuable civique ne s’en trouvera pas seulement facilitée matériellement. Elle sera aussi rendue moralement moins onéreuse du fait que, bien plus qu’aujourd’hui, il pourra raisonnablement croire qu’il n’est pas le seul à payer son dû. Enfin, le potentiel d’un civisme fiscal dépend aussi crucialement de la confiance que les contribuables pensent pouvoir placer dans la compétence et l’intégrité de ceux qui, aux divers niveaux (et surtout au niveaux les plus visibles) sont chargés de prélever, de répartir ou d’utiliser le produit de l’impôt. Il n’y a pas de raison de supposer que mandataires politiques et fonctionnaires soient moins honnêtes que la moyenne des citoyens.” - VAN PARIJS, Philippe. Philosophie de la fiscalité pour une économie mondialisée. In: L’impôt. Archives de philosophie du droit. Paris: Éditions Dalloz, 2002, p. 330 e 346.

8. CONCLUSÃO

1. As origens do sigilo bancário, assim como sua evolução, confundem-se com as das instituições bancárias, que remontam às civilizações mesopotâmicas. A discricção e a confiança, como preceitos de uma moral dos negócios, somente vieram a se desenvolver a partir da Idade Média. Com os tempos modernos, a noção de discricção bancária começa a se impor não somente no plano ético-moral, mas também como obrigação, sendo positivada a partir do século XVII. Na Suíça, país em que o segredo bancário é uma verdadeira instituição nacional há mais de trezentos anos, as raízes apresentam ramificações políticas. Os reis da França foram os primeiros clientes dos banqueiros suíços, que eram protestantes, muitos deles de origem francesa, cassados pela revogação do edito de Nantes, por LOUIS XIV, em 1685. Apesar das perseguições de que foram vítimas, eles continuaram a financiar o rei da França, já que, na época, não havia melhor negócio que emprestar ao rei, que, além de ser capaz de honrar seus empréstimos, tinha necessidades insaciáveis de financiamento. A discricção desempenhava um papel fundamental, eis que não se podia dizer que o rei contraía empréstimos dos heréticos protestantes.
2. Tendo em vista a pluralidade de interesses que desperta, o fundamento do sigilo bancário pode ser explicado através de diversas teorias. A teoria contratualista parte da idéia de que o segredo constitui uma cláusula implícita de uma convenção entre o banqueiro e o cliente, pactuada mediante um contrato bancário. A teoria consuetudinária considera que a observância do segredo representou uma constante da atividade bancária, criando-se assim um costume tradicional e universalmente aceito pelos bancos de manter reserva sobre os negócios de seus clientes. Pela teoria da responsabilidade civil, o sigilo bancário baseia-se no dever geral de não prejudicar a outrem, sob pena de reparação pelo dano. Os adeptos da teoria da boa-fé sustentam que o fundamento do sigilo bancário estaria no dever de lisura e de

boa-fé, que os contratantes devem respeitar durante a execução dos contratos. Segundo a doutrina francesa, criadora da teoria do sigilo profissional, o banqueiro é incluído em um rol de profissionais, juntamente com médico, o advogado, o contador *etc*, que se submetem a uma regra geral de segredo profissional, em que o relacionamento com o cliente pressupõe a confiança recíproca. Na teoria da intimidade, o cliente, enquanto titular de um direito à intimidade, tem o poder de pretender a máxima discrição em torno dos fatos que confiou ao banco, configurando-se o sigilo bancário como uma defesa do íntimo, ainda que com aspectos econômicos.

3. O sigilo bancário constitui uma obrigação jurídica, isso é, um vínculo pelo qual o banco fica sujeito a cumprir uma prestação em proveito de outrem. O sujeito passivo dessa obrigação é aquele a quem se atribui o dever de manter o segredo, que abrange todos os funcionários do banco, sendo esse entendido de forma ampla, incluindo não só as instituições bancárias, como também as instituições financeiras em geral e outras entidades subordinadas à lei que regula o Sistema Financeiro Nacional. O sujeito ativo da obrigação do sigilo é o cliente do banco, entendido como aquele que se vale dos serviços bancários com caráter de habitualidade. O objeto do sigilo é composto por todos os aspectos da relação entre o banco e o cliente, presumindo-se a vontade do cliente de manter o sigilo em relação a sua conta bancária, salvo autorização em contrário; excluem-se os fatos de que o banqueiro tome conhecimento em outra qualidade, como amigo ou parente.
4. Na Suíça, o segredo bancário opera como uma estratégia de captação. Um dos primeiros documentos legislativos disciplinando o segredo bancário data de 1713, quando *Le Grand Conseil Genevois* estipulou que os banqueiros deveriam criar um registro de seus clientes e de suas operações, sendo-lhes vedada a divulgação desses dados a qualquer outro, exceto o cliente implicado, salvo acordo expresso do *Conseil de la Ville*. A partir dessa política, a Suíça tornou-se um asilo financeiro

e político para os capitais dos nobres, que procuravam abrigo seguro para suas finanças, ameaçadas pelo período revolucionário que varreu a Europa após 1789. Através do *General Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters*, qualquer país pode contar com a cooperação legal da Suíça, incluindo a produção de registros bancários. A condição imposta é a observância ao princípio da dupla incriminação, ou seja, a ofensa combatida no país de origem deve configurar um delito punível também pela lei suíça. A evasão fiscal não é considerada crime, embora fraude fiscal o seja, o que impossibilita a cooperação judicial por parte dos suíços. Esse ato é aplicável a todos os países, mesmo àqueles que não tenham assinado tratados de cooperação internacional multilateral ou bilateral com a Suíça. Na década de 90 do século XX, o governo suíço adotou uma série de medidas visando a evitar o uso abusivo do sigilo bancário, inclusive na área tributária. Em diversos casos o segredo bancário pode ser quebrado e as autoridades suíças cooperam com outros países.

5. Na França, o sigilo bancário funda-se no dever de sigilo profissional. A proteção ao sigilo bancário encontra limites nos interesses do Estado, o que lhe confere um caráter relativo, que emerge quando os interesses dos particulares são confrontados com o interesse geral. Os bancos devem participar desse interesse nos diferentes aspectos reconhecidos pela lei: o bom funcionamento do sistema bancário, o bom funcionamento da justiça penal, a defesa dos interesses econômicos do Estado. Esses últimos aparecem sobretudo em matéria tributária e na administração das aduanas. A administração tributária sempre foi dotada de meios eficazes na busca de informações visando a assegurar a efetividade da aplicação da lei tributária. Nesse sentido, os bancos desempenham um papel vital, como provedores de dados particularmente eficazes. A quebra do sigilo bancário é necessária na luta contra a fraude fiscal, através da utilização de diversos instrumentos: a) obrigação de comunicação espontânea ao fisco (*obligation de communication spontanée*), que inclui uma série de informações como abertura e fechamento de contas bancárias,

pagamento de lucros, dividendos, rendas e outros produtos de valores mobiliários, remessas bancárias ao estrangeiro por pessoa jurídica acima de 50.000 F *etc*; b) direito de informação do fisco (*droit de communication*), pelo qual os agentes fiscais podem exigir, sem necessidade de informar ao contribuinte investigado, a produção de documentos, peças de correspondência e livros contábeis, visando ao controle dos impostos exigíveis, à busca de omissões e de fraudes em matéria tributária; c) busca e apreensão (*droit de visite et saisie*), que concede aos agentes com nível hierárquico no mínimo equivalente ao de inspetor, com autorização judicial e acompanhado de um oficial da polícia judiciária, por motivo de verificação, persecução e repressão de infrações à legislação econômica, o poder de realizar visitas em locais profissionais ou domiciliares, para obter informações e apreender documentos.

6. Na Bélgica, o banqueiro não se encontra submetido a um verdadeiro segredo profissional, mas àquilo que se convencionou chamar de dever de discrição, para cujo descumprimento não existe sanção penal, ensejando no máximo responsabilidade civil. O acesso à informação bancária pela administração tributária depende da natureza do imposto envolvido. Nos casos de imposto de renda, em que o sigilo bancário é mais estrito, a autoridade fiscal somente pode ter acesso àquelas informações se houver elementos concretos que presumam a existência de práticas fiscais fraudulentas. No caso do imposto sobre o valor agregado e os impostos aduaneiros, não é necessário estabelecer a presunção de fraude para o levantamento do sigilo bancário, mas o inspetor deve requisitar autorização do diretor geral de sua administração. Com relação aos impostos patrimoniais, não existe sigilo bancário.
7. Nos Estados Unidos, os cidadãos têm direitos mínimos quanto à privacidade financeira, devido à preocupação de combate aos crimes que afetam sua segurança econômica. As leis norte-americanas impõem sanções criminais aos bancos que

descumprem a obrigação de envio aos poderes públicos de relatórios contendo certos dados de seus clientes, estabelecidos pelo *Bank Secrecy Act*, de 1970, que obriga os bancos a fornecerem relatórios ao tesouro americano em caso de transações suspeitas de envolvimento com atividades ilegais, ou qualquer operação cujo montante ultrapasse US\$ 10.000, incluindo a identificação, número da conta e número de identificação do *social security* ou de contribuinte de impostos, da pessoa envolvida. Além disso, os bancos devem manter, por um período de cinco anos, registros indicando a identidade de todo os titulares de conta e cópias ou microfilmes de cheques superiores a US\$ 100. O acesso às informações bancárias por autoridades fiscais é possível, desde que observados os critérios de boa-fé estabelecidos no caso *Powell*: a) investigação de boa-fé; b) relevância da informação demandada para a investigação; c) observância de todos os procedimentos administrativos requeridos; d) que a informação ordenada ainda não se encontre em poder da administração tributária. Esses critérios foram criados sob espírito liberal nos tribunais americanos, sendo que os bancos respondem regularmente às intimações do IRS sem necessidade de intervenção judicial.

8. Na Argentina, a administração tributária é dotada de amplos poderes de investigação, podendo requisitar dados financeiros diretamente às instituições financeiras, sem necessidade de intervenção judicial. A única condição exigida é a existência de um pedido formal e prévio. O fisco pode requisitar dados aos bancos sem que haja um responsável determinado e sem haver procedimento fiscalizatório instaurado, bastando um prévio pedido formal, o que abre a possibilidade de obtenção de dados de contribuintes indeterminados. O que se pretendeu com essa reforma foi esgotar os meios para evitar a existência de redutos de evasão, que, à época, alcançava níveis preocupantes.
9. Em Portugal, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que o sigilo bancário possui uma dimensão de defesa da intimidade da vida privada, direito esse

de natureza fundamental, consagrado no artigo 26 da Constituição portuguesa, o que acabou criando um padrão protetor com características mais amplas do que o vigente na Suíça. Entretanto, em 19 de dezembro de 2000, foi publicada a Lei nº 30-G, a Lei da Reforma de Tributação do Rendimento, cujo artigo 63 prevê o acesso direto pelo fisco aos documentos bancários.

10. Na Espanha, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional indicam que o direito à intimidade nunca pode ser alegado como oposição ao acesso das informações bancárias pelo fisco. A legislação tributária espanhola, disciplinando os chamados deveres de colaboração, tem estabelecido uma série de obrigações de informar, endereçadas às instituições bancárias, tanto de forma periódica quanto em virtude de requerimentos individualizados, dentre as quais as informações relativas à movimentação das contas bancárias e outras operações financeiras, que servem como elementos de investigação fiscal, em relação aos titulares das contas. Esses requerimentos devem ser efetuados com prévia autorização de um órgão de adequada hierarquia – diretor geral na administração central e delegado de fazenda precisando as operações a que se refere o sujeito afetado e o período de tempo a que corresponde.
11. De acordo com o relatório *“Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais” (Improving Access to Bank Information for Tax Purposes)*, produzido pela OCDE, em março de 2000, o potencial para abusos criado pela falta de acesso às informações bancárias para fins tributários aumentou exponencialmente, como resultado da revolução tecnológica da última década, particularmente na área de comércio eletrônico e bancário, que desencadeou um crescimento explosivo nas transações internacionais, tornando as operações bancárias internacionais disponíveis para um largo espectro de contribuintes, não somente as multinacionais e os indivíduos milionários. Para enfrentar os novos desafios, a OCDE recomenda que, idealmente, todos os países membros deveriam

permitir que as autoridades fiscais tivessem acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para qualquer finalidade fiscal de forma que elas possam cumprir sua missão de recuperação de receitas tributárias e de promoção de um efetivo intercâmbio de informações. Com base no levantamento elaborado pela OCDE, consolidado a partir de questionários respondidos pelos próprios países membros dessa organização, o acesso às informações bancárias pela Administração Fazendária desses países pode assim ser resumido: a) permitem acesso ilimitado: Austrália, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova-Zelândia, Espanha, Turquia e República Eslovaca; b) permitem acesso ilimitado, desde que relativo à pessoa determinada: Canadá, Grécia, Islândia, México, Polônia, Suécia e Estados Unidos; c) permitem acesso desde que a pessoa envolvida seja suspeita de fraude fiscal: Bélgica, Alemanha, Hungria, Irlanda, Japão, Coreia, Holanda e Reino Unido; d) permitem o acesso somente com autorização judicial: Áustria, Suíça e Luxemburgo.

12. A Lei nº 4.595/64 foi a primeira a disciplinar de forma expressa o sigilo bancário no Brasil, introduzindo-o de forma relativa, prevendo exceções, sendo uma delas em favor das autoridades fiscais, no artigo 38. A expressão “processo instaurado” provocou discussão na doutrina e jurisprudência, sobre se se limitava ou não à seara judicial. O CTN, publicado dois anos após, assegurava à administração fazendária o poder de requisitar documentos dos contribuintes fiscalizados, desde que atendidas as condições impostas pela lei nº 4595/64. Firmou-se na jurisprudência o entendimento no sentido da impossibilidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal sem autorização judicial. A Lei Complementar nº 105/2001, que revogou o artigo 38 da Lei nº 4.595/64, permite às autoridades fiscais o acesso aos dados financeiros, sem necessidade de intervenção judicial, sendo por isso, objeto das ADIns números: 2.386, 2.390 e 2.397, ainda não apreciadas pelo STF, propostas pelo Partido Social Liberal, CNI e Confederação Nacional do Comércio, sendo relator o Ministro Sepúlveda PERTENCE. Não há na

Constituição Federal expressa menção ao sigilo bancário; entretanto, a doutrina majoritária tende a concebê-lo como expressão do direito à intimidade e do sigilo de dados.

13. Para muitos autores, como Celso Ribeiro BASTOS, o sigilo de dados, novidade na atual Constituição, abriga as informações bancárias. Para outros, como Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, não é correto considerar o direito ao sigilo como se fosse um único direito fundamental, um direito em si mesmo, pois, nessa hipótese, toma-se a faculdade, o conteúdo, pelo bem protegido, o objeto; trata-se, na verdade, de um instrumento fundamental, cuja essência é a acessoriedade, e, como tal, remete à avaliação ponderada dos fins; a inviolabilidade constitucional do sigilo, quando em confronto com outros princípios, exige do intérprete o sopesamento entre o bem protegido - o objeto - e os direitos confrontados.
14. Os autores que associam o sigilo bancário à proteção da vida privada do titular da conta tendem a inseri-lo na esfera mais reservada de tutela, ou seja, no âmbito da intimidade. A discussão que se trava na doutrina concentra-se na possibilidade ou não de esse direito comportar bens materiais ou econômicos. Fala-se, assim, em “intimidade econômica” ou “intimidade patrimonial”, isso é, uma repercussão das informações patrimoniais na esfera pessoal dos indivíduos, como decorrência da abrangência das atividades econômicas na sociedade contemporânea.
15. Para muitos daqueles que concebem o sigilo bancário como uma projeção do direito à intimidade, trata-se de um direito de natureza fundamental, que integra a categoria dos direitos da personalidade. Assim, a sua violação atentaria contra a própria dignidade da pessoa humana. Além disso, alcançando o sigilo bancário o *status* de direito da personalidade, inserido no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, não poderia nem mesmo o legislador constituinte revogá-lo, por constituir cláusula pétrea. Aqueles que rejeitam essa tese

argumentam que o sigilo bancário é renunciável por vontade de seu titular, não podendo, assim, integrar os direitos da personalidade, que se caracterizam também por serem irrenunciáveis. Além disso, ninguém nasce com direito ao sigilo bancário, pois muitos indivíduos sequer têm acesso a uma conta bancária.

16. Sustentam muitos autores que o sigilo bancário submete-se à reserva absoluta de jurisdição, isso é, o Poder Judiciário tem o monopólio da primeira e da última palavra sobre sua quebra. No julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452, de 16 out. 1999, publicado em 12 maio 2000, o STF não firmou orientação definitiva, embora os Ministros Celso de MELLO (Relator), Marco Aurélio MELLO, Sepúlveda PERTENCE, Néri da SILVEIRA e Carlos VELLOSO (Presidente) tenham-se pronunciado favoravelmente à tese da reserva de jurisdição do sigilo bancário, a matéria não foi objeto de consideração por parte dos demais. A aceitação dessa tese implicaria inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 por violação ao princípio da repartição de poderes. Para aqueles que a rejeitam, pode-se concluir que o ato de acessar os dados bancários diretamente pelo fisco é legítimo, eis que realizado no exercício da atividade de polícia fiscal, que autoriza restrição de liberdades individuais e imposição de deveres aos particulares, com vistas a uma justa e isonômica tributação, sendo dotado de auto-executoriedade, com fundamento na Lei Complementar nº 105/2001, independentemente, nessa condição, de autorização judicial. Além disso, a prévia autorização judicial conspira contra os ideais da eficiência administrativa, em vista do alto volume de pedidos que o Poder Executivo endereçaria ao Poder Judiciário.
17. Os fundamentos do sigilo bancário, apresentados pela doutrina, carecem de generalidade, eis que não se pode afirmar que todo e qualquer correntista sinta-se violado em sua intimidade ao apresentar seus dados financeiros a um terceiro, assim como não é razoável pensar que isso provoque um atentado à dignidade de qualquer correntista. O que há de comum em todos os casos é que os indivíduos

pleiteiam a liberdade de não agir sem serem obrigados por terceiros, ou mais precisamente, o direito individual de não intromissão do Estado em suas contas bancárias. Trata-se da liberdade no sentido negativo, isso é, a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos. A generalidade dessa fórmula repousa na ausência de perquirição do motivo específico da relutância em face do levantamento do sigilo; em termos genéricos, o indivíduo simplesmente rejeita a ingerência estatal em seus negócios. Em suma, o sigilo bancário encontra fundamento na liberdade de o indivíduo movimentar suas finanças sem a intervenção do Estado, sendo que, de forma específica e concreta, pode basear-se na preservação da intimidade, da privacidade, do sigilo profissional, e outras hipóteses.

18. A afirmação de um direito fundamental ilimitado é incompatível com um coerente sistema constitucional de direitos fundamentais, que possui como um de seus alicerces a natureza principiológica deles; essa verificação remete diretamente à idéia de necessidade de se estabelecer restrições. Além das restrições já previstas diretamente pela Constituição, outra solução adotada pela dogmática constitucional consiste na criação das reservas de lei que atribuem competência constitutiva ao legislador ordinário para estabelecer restrições, com maior ou menor grau de autonomia. Essa autorização conferida pelo legislador constituinte ao ordinário não é taxativa, eis que não é razoável concluir que aquele tenha previsto todas as possibilidades de conflito diante da infinidade de relações jurídicas em que concorrem direitos fundamentais exercidos por diferentes titulares.
19. A colisão em sentido amplo decorre de uma tensão entre um direito fundamental e um bem coletivo. Sucedem-se quando interesses individuais, tutelados por direitos fundamentais, contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela Constituição. ALEXY analisa a solução para o fenômeno da colisão de direitos fundamentais de forma racional, construindo, para tanto, uma estrutura

lógica de relação de precedência condicionada entre os princípios, da qual se extrai o que ele denomina de lei de colisão. Essa construção teórica tem como pressuposto básico a distinção entre regras e princípios e o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Um conflito de regras só pode ser solucionado ou introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção, que elimina o conflito, ou declarando inválida pelo menos uma das regras. Na colisão de princípios, um deles deve ceder diante de outro; entretanto, isso não significa que um deles seja inválido ou que tenha uma cláusula de exceção. Nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes, prevalecendo aquele de maior peso. Ao contrário do que ocorre no conflito de regras, cuja solução se dá na dimensão da validade, a colisão de princípios resolve-se pela dimensão do peso.

20. O princípio da proporcionalidade foi concebido pela doutrina constitucional alemã sob a forma de uma estrutura que se decompõe em três subprincípios: a adequação, ou idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação ordena que se verifique se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido. A indagação que deve ser feita é: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido? O exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito negativamente, ou seja, anula-se uma lei restritiva de direitos apenas quando inequivocadamente apresentar-se como inidônea para alcançar seu objetivo. Na aplicação do princípio da necessidade, parte-se do pressuposto de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Na hipótese de existência de vários meios idôneos, o princípio da necessidade ordena que a escolha recaia sobre o menos gravoso ao exercício do direito fundamental. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é traduzido como uma lei de ponderação, que ALEXY assim formula: *“quanto mais intensa é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”*.

21. Há diferentes formas de representar a justiça tributária. A doutrina francesa reproduz, no plano tributário, a contraposição, formulada por ARISTÓTELES, entre a justiça comutativa e a distributiva. A primeira consiste em estimar que cada um deve pagar a mesma porção, sem que seja indispensável preocupar-se com a situação particular dos contribuintes. A justiça distributiva apóia-se sobre uma proposta proporcionalista, pela qual as riquezas devem ser repartidas em função dos méritos de cada um, ou seja, os indivíduos devem contribuir para a sociedade proporcionalmente ao que dela recebem, de forma que a carga de imposto é mais ou menos onerosa segundo o contribuinte aproveite mais ou menos da riqueza produzida. A justiça distributiva comporta diferentes vertentes. A justiça redistributiva visa a reduzir as desigualdades de rendas, através de uma redistribuição de riquezas pelo imposto. Por essa óptica, o imposto deve ser progressivo, personalizado e levar em conta a capacidade contributiva do cidadão. A justiça legal, outra derivação da justiça distributiva, visa a determinar o que é devido pelos membros à coletividade, correspondendo à obrigação de cada um dos membros do grupo de contribuir ao bem comum respeitando os direitos da comunidade a qual eles pertencem. As justiças comutativa e distributiva são antitéticas: a primeira é jurídica, conservadora e individualista; a última é política, corretiva e social. Esse antagonismo é o reflexo, no plano do direito tributário, da oposição bem conhecida entre o individualismo e o coletivismo, que, em última análise, busca resposta à indagação: a sociedade é feita pelo homem ou o homem é feito pela sociedade? A escolha por um princípio de justiça que oriente o sistema tributário de um Estado, seja ele de matriz comutativa ou distributiva, não é arbitrária; ela é, antes de tudo, de ordem política.

22. A idéia de Estado fiscal parte do pressuposto de que há uma separação essencial e irreduzível entre Estado e sociedade, em que o Estado preocupa-se fundamentalmente com a política, e a sociedade civil preocupa-se

fundamentalmente com a economia, possibilitando uma zona de intersecção das esferas de ação do Estado e da sociedade. Significa, pois, uma separação fundamental entre o Estado e a economia e a conseqüente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto. Só essa separação permite que o Estado e a economia atuem segundo critérios próprios ou autônomos. Para José Casalta NABAIS, todos os direitos têm custos públicos, inclusive os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos. Dito em outras palavras, atenta a natureza fiscal do Estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos. O imposto não pode ser encarado nem como mero poder para o Estado, nem como mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em Estado fiscal. Um tipo de Estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação económico-social e no primado da auto-responsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que não se pode falar num pretenso direito fundamental a não pagar impostos.

23. O legislador constituinte, preocupado com a satisfação da igualdade material, previu, ainda que de forma programática, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais e a veemente repulsa a qualquer forma de discriminação. O princípio da igualdade tributária pode ser visto pelos aspectos positivo e negativo, sendo que o primeiro impõe que o tributo seja quantificado segundo a capacidade contributiva de cada um, que é diversificada, e o segundo constrange o legislador a tributar, de forma idêntica, cidadão de idêntica capacidade contributiva. O lado negativo consta expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 150, II, que proíbe a tributação discriminada em favor de alguns, em detrimento daqueles que se encontram em idêntica situação económica e social. A forma positiva da igualdade tributária prescreve uma atuação positiva do legislador, sendo-lhe

vedado deixar de considerar as disparidades advindas dos fatos para lhes conferir diferenciação de tratamento, do que decorre a existência de dois marcos limitadores obrigatórios que constroem o legislador: o primeiro delimita onde se inicia a capacidade contributiva, sempre a partir da renda mínima indispensável à subsistência; o segundo circunscreve a esfera da capacidade contributiva, delimitando o ponto máximo além do qual o tributo se torna confiscatório.

24. Sendo aceita pela moderna doutrina a idéia de que as normas programáticas possuem preceptividade, conclui-se que o princípio da capacidade contributiva é dotado de conteúdo jurídico com eficácia plena e imediata, servindo como diretriz da legislação infraconstitucional, não necessitando dessas normas, para tal, de qualquer complementação; assim, a lei que desatender ao princípio da capacidade contributiva será inconstitucional. A observância do princípio da capacidade contributiva somente pode ser garantida em sua totalidade mediante a atuação dos três poderes; o Legislativo, com a criação de tributos levando em conta tanto o caráter objetivo (a partir de fatos presuntivos de riqueza), como o subjetivo (considerando o nível de riqueza dos contribuintes); o Judiciário, declarando inconstitucional a lei que viole o princípio em pauta; e o Executivo, preservando o cunho subjetivo do princípio, ou seja, verificando em cada caso a concreta a real aptidão econômica dos contribuintes.

25. O artigo 145 da Constituição Federal enuncia um princípio fundamental: o da capacidade contributiva, eis que identificado com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e uma permissão conferida à administração tributária como meio de produzir efetividade àquele princípio. Na qualidade de objetivo fundamental, ou de um fim, a administração encontra-se vinculada à busca da efetivação do princípio da capacidade contributiva. Por outro lado, o constituinte conferiu à administração tributária a faculdade de analisar a oportunidade e conveniência de identificar o patrimônio, os rendimentos e as

atividades econômicas do contribuinte, meio que é de obtenção de um fim. Longe, portanto, de configurar-se como inócuo, a norma contida na segunda parte do §1º do artigo 145 da Constituição Federal deve ser interpretada como um instrumento posto à disposição da administração fazendária para dar efetividade ao princípio da capacidade contributiva.

26. A comprovação e investigação tributária efetivamente realizada é o único meio que permite garantir a prática aplicação da justiça tributária, evitando que essa última fique reduzida a uma mera proclama teórica. O acesso aos dados bancários de contribuintes é uma das condições para a concretização do princípio da capacidade contributiva. No caso do imposto de renda de pessoa física, são muito freqüentes os casos concretos em que o real rendimento somente pode ser desvendado através do exame da movimentação financeira da pessoa. Estudos realizados por técnicos da Secretaria da Receita Federal, baseados no cotejamento entre os rendimentos declarados ao fisco e as respectivas movimentações financeiras dos contribuintes, indicam que a maior incidência das distorções se encontra concentrada nos dirigentes de empresa e profissionais liberais. A discrepância entre essas duas situações fáticas, qual seja, a capacidade de comprovação quase que automática pelo fisco dos rendimentos dos assalariados, e a impossibilidade de conhecer-se a renda percebida pelos demais, evidencia a flagrante desigualdade que assim se estabelece. A própria complexidade do sistema tributário – resultado a um tempo da variedade das relações jurídicas e situações econômicas sobre as quais aquele recai, assim como das próprias exigências do princípio da justiça tributária – impõem esse robustecimento dos poderes da administração; sem tais faculdades e deveres encaminhadas à comprovação e liquidação da dívida tributária, dificilmente poderia ser posto em prática o sistema normativo tributário desenhado pelo legislador, que se tornaria, assim, em grande parte, desprovido de potencialidade.

27. As faculdades atribuídas aos agentes fazendários pela Lei Complementar nº 105/2001, expressamente previstas no artigo 145 da Constituição Federal, e que têm por fim último a efetividade do princípio da capacidade contributiva, são adequadas, necessárias e proporcionais, o que significa que atendem à condição estipulada no mesmo artigo da Lei Maior, isso é, respeitam os direitos individuais. São adequadas porque contribuem para alcançar o fim a que se destina, pois viabiliza a identificação de rendimentos omitidos por não assalariados, sobretudo os dirigentes de empresa e autônomos. Além de contribuir para a consecução do fim colimado, as medidas são legítimas, já que autorizadas pela própria Constituição Federal, através do §1º do artigo 145, que reconhece a competência de fiscalização da Administração Tributária, inerente à própria competência de tributar. Dessa forma, os contribuintes não possuem qualquer direito subjetivo de se furtarem a identificar, confessar ou declarar, para o fisco todo o patrimônio, todos os seus rendimentos e todas as suas operações tributadas.

28. As medidas trazidas pela Lei Complementar nº 105/2001 são necessárias, pois constituem os meios mais eficazes para os fins a que se destinam, isso é, quaisquer outras alternativas, ainda que menos restritivas de direitos individuais, são desprovidas de igual potencial para diminuir as distorções da aplicação do princípio da capacidade contributiva. A potencialidade da medida ora em análise pode ser também aferida pelo efeito que ela provoca na sociedade, como uma forma de manifestação do poder de polícia exercido pela Administração Tributária; o acesso às movimentações bancárias desempenha função tanto repressiva quanto preventiva, sendo essa última de caráter educativo e dotada de elevada eficácia pela possibilidade daquele tipo de ação fiscal ser levado ao conhecimento da coletividade, provocando uma certa inibição para muitos contribuintes que, diante da falta de vigilância, não hesitariam em omitir rendimentos para não ter que pagar imposto.

29. A ordem de levantamento do sigilo é subordinada a uma série de garantias previstas na Lei Complementar nº 105/2001 e no Decreto nº 3.724/2001: a) existência de prévio processo administrativo ou procedimento fiscal; b) indispensabilidade dos dados bancários para a apuração dos fatos, sendo que as circunstâncias objetivas consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários competente foram definidas no artigo 3º do decreto; c) formalidades que delimitam a ação fiscal, garantindo ao contribuinte a idoneidade do agente fiscal que foi autorizado por autoridades superiores, fixação dos períodos, tributos e prazo, possibilidade de comprovação da autenticidade do mandado por telefone, endereço da repartição ou ainda pela Internet; d) intimação prévia do sujeito passivo para que apresente e esclareça as informações requeridas, que, sendo atendidas dispensam a quebra do sigilo, isso é, somente em caso de recusa ou insuficiência de esclarecimento por parte do contribuinte estará o fisco autorizado a levantar o sigilo bancário junto às instituições financeiras; e) conservação do sigilo, cominando ao infrator a pena máxima na esfera administrativa – a demissão – sem prejuízo de sanções civis e penais cabíveis .

30. Nos chamados bancos de dados de controle do crédito dos consumidores, como o SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) e a SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S.A.), informações que fazem parte da intimidade do devedor são transmitidas a terceiros, visando à proteção do crédito. Essa situação é similar à que ocorre com o acesso de dados bancários pelo fisco, pois acontece em ambas o fenômeno da colisão entre o direito individual da privacidade e um bem ou direito coletivo - o crédito e a isonomia tributária. Portanto, se, por um lado, o direito à intimidade rende-se à proteção do crédito, por outro lado, seria incoerente se prevalecesse perante o direito à isonomia, a menos que se considere que o bem do crédito prepondera sobre a igualdade tributária, o que é insustentável. Outra situação paralela é a que ocorre com os funcionários do banco, que podem ter acesso às informações íntimas do correntista. O titular da conta bancária tolera o

acesso de suas informações pelos empregados do banco porque acredita que a probabilidade de ter seus dados expostos a outros não é elevada a ponto de intervir em sua intimidade. Considerando que não há motivos para avaliar que essa probabilidade seja maior caso a informação esteja de posse de um agente fiscal, segue-se que inexistem razões para o contribuinte ponderar que o exame de sua movimentação financeira provoque grave intervenção em sua intimidade, e muito menos venha a se sentir ferido em sua dignidade.

31. O embate que se trava acerca de permitir-se ou não a quebra de sigilo bancário por parte da administração fazendária, em última análise, tem como pano de fundo a dialética entre a liberdade e a igualdade. O Brasil sempre foi um país de desiguais, sobretudo no que concerne à distribuição de riquezas. A história da desigualdade de renda no Brasil sempre foi uma constante: é como se isso fosse uma realidade dada, e estivéssemos fadados a acostumar-nos com esse cenário. A tributação pode ser considerada como um instrumento a serviço da redistribuição de riqueza, embora seja impotente para, por si só, promovê-la para níveis civilizados. Ao longo desse trabalho tentou-se argumentar que o alcance dessa meta passa necessariamente pela quebra do sigilo bancário pelo fisco.

9. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Os sigilos bancário e fiscal na cobrança da dívida ativa. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.30. p.14-20. mar. 1998.

_____. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 133-152.

ABRÃO, Néelson. **Direito bancário**. São Paulo: Saraiva, 2001.

AFSCHRIFT Thierry; HAUTFENNE Pascale. **Le secret bancaire en droit fiscal**. Disponível em <<http://www.waw.be/idefisc/themes>>. Acesso em 05/08/2003.

ALEXANDER, Richard; SPURGEON, Roberta K. **Privacy, banking records and the Supreme Court: a before and after look at Miller**. Disponível em <<http://consumerlawpage.com/article/privacy.shtml>>. Acesso em 26/03/2004.

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217 p. 67-79, jul./set. 1999.

ALVES, Francisco de Assis. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 159-170.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Imposto de renda: quebra do sigilo bancário e omissão de receitas e rendimentos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.70. p.42-8. jul. 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

ATALIBA, Geraldo. Isonomia e Capacidade Contributiva. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo. n.4. p.125-156, abr./jun. 1978.

ATHAYDE, Augusto de. **Curso de direito bancário**. Lisboa: Almedina, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215 p. 151-179, jan./mar. 1999.

AZEVEDO, Maria Eduarda. **O Segredo Bancário**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BALERA, Wagner. Princípios Constitucionais Tributários. *In*: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1993 (Cadernos de Pesquisas Tributárias, 18), p. 371-397.

- _____. Direitos Fundamentais do Contribuinte. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 2000, (Pesquisas Tributárias - Nova Série, 6), p. 522-540.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v.9. n.36. p.102-31. out./dez. 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 111-122.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O poder de polícia fiscal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Lejus, 1998.
- BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: RT, 2003.
- BERLIRI, Luigi Vittorio. **El Impuesto Justo**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOUVIER, Michel. La question de l'impôt idéal. *In*: L'impôt. **Archives de philosophie du droit**. Paris: Dalloz, 2002, p. 15-23.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 set. 1999. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 173, p. 805, maio 2000.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.480. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 04 maio 2000. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 174, p. 844, set. 2000.
- BRITO, Luiz Marcellos Costa de. Sigilo bancário: aspectos fiscais e jurídicos. **Tributação em Revista**. Brasília. v.4. n.12. abr./jun. 1995.
- BRONCHI, Chiara; GOMES-SANTOS, José C. **Reforming the tax system in Portugal**. Paris: OECD, 2001. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01/07/2004.

- CALDAS, Júlio de Castro. Sigilo Bancário: problemas actuais. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de et al. **Sigilo Bancário**. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 35-45.
- CAMPOS, Diogo Leite de. O Sigilo Bancário. *In*: _____ et al. **Sigilo Bancário**. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 13-17.
- CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Do cadastramento bancário e sua legitimidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v2. n.5. p.258-268. mai./ago. 1999.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARTA alerta sobre gasto excessivo com saúde. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 19 abr. 2004.
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n.46. p.77-119. abr./jun. 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASSONE, Vittorio. Capacidade contributiva, progressividade e sigilo bancário. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.15. ago. 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Crimes Fiscais e Sigilo Bancário: Pressupostos e Limites Constitucionais. *In*: SALOMÃO, Heloísa Estellita (coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 57-74.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. Princípios constitucionais tributários e reforma fiscal. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo. n.61. p.123-8. 1992.
- _____. Princípios Constitucionais Tributários. *In*: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1993, (Cadernos de Pesquisas Tributárias, 18), p. 95-104.
- _____. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 91-102.
- COM a ajuda da CPMF. **Correio Braziliense**, Brasília, 01 fev. 2003.
- COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. Paris: OECD, 1998. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01/07/2004.

- COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS. **Improving Access to Bank Information for Tax Purposes**. Paris: OECD, 2000. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01/07/2004.
- CONTAMINE RAYNAUD, Monique. Le secret bancaire et le controle de l'Etat sur les operations de change et sur leurs effets delictuels. **Revue Internationale de Droit Compare**. Paris. n.2. p.487-506. avr./juin. 1994.
- CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.
- COOLEY, Thomas M.. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.
- CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito bancário**. Lisboa: Almedina, 1999.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35-55.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: LEUD, 2001.
- D'ALTE, Sofia Tomé. O sigilo fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa: Coimbra, v.43. n.1, 2002.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v.4. n.13. 2001. p.13-52.
- DERZI, Misabel de Abreu; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Do Imposto Sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário aplicado**. Belo Horizonte: Saraiva, 1997.
- DIAS, José Carlos. Sigilo bancário - quebra - requisições da Receita Federal e do Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v.3. n.11. p.240-4. jul./set. 1995.
- Dictionnaire de la Langue Française. **Le Robert Micro Poche**. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.
- DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.
- DWORKIN, Ronald M. **The Philosophy of Law**. New York: Oxford, 1977.

- FARHAT, Raymond. **Le secret bancaire: étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 1996.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo. n.1. 1992. p.141-54.
- _____. Sigilo bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v.4. n.14. p.13-27. out./dez. 2001.
- _____. Sigilo das operações de instituições financeiras (parecer do processo IASP 1/279). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. v.5. n.9. 2002. p.161-77.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA, Márcia Regina. O sigilo bancário e o Fisco. *In*: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coord.). **Processo Tributário Administrativo e Judicial**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 141-167.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O sigilo bancário e fiscal – algumas dimensões jurídico-políticas. *In*: DINIZ, Maria Helena (coord.). **Atualidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225-249.
- FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. Curitiba: Juruá, 2002.
- FRANÇA, Reginaldo de. **Fiscalização Tributária**. Curitiba: Juruá, 2003.
- GARCÍA AÑOVEROS, Jaime. Una nueva ley general tributaria. Problemas constitucionales. **Civitas: revista española de derecho financiero**. Madrid. n.90. 1996. p.213-35.
- GOTTRAU, Nicolas de. U.S. Insider trading prohibition, swiss banking secrecy and swiss insider trading law: the current situation. **Revue de Droit des Affaires Internationales**. Paris. n.5. p.553-96. 1993.
- GRECO, Marco Aurélio. Sigilo das operações de instituições financeiras (parecer do processo IASP 1/279). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo. v.5. n.9. jan./jun. 2002.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. O Princípio da Publicidade e a Garantia do Sigilo no Processo Administrativo. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Processo administrativo fiscal, 5º volume**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 19-29.
- GUERRIERI, Félix Gustavo; PENA, Ramón Eduardo. Secreto Bancario y Tributario. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 235-242.
- HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.29. n.79. p.34-62. jul./set. 1990.

- _____. Sigilo bancário: novas questões. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.36. n.105. 1997. p.43-52.
- _____. A nova lei do sigilo bancário e o fornecimento de informações cadastrais. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v.4. n.12. p.72-8. abr./jun. 2001.
- HARADA, Kiyoshi. Poder de fiscalizar impostos e o sigilo bancário. **Boletim de Doutrina ADCOAS**. Rio de Janeiro. v.1. n.9. set. 1998, p.328-30.
- _____. Sigilo Bancário e Tributário. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 373-383.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal – vol VI**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Capacidade Contributiva. In: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14).
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- _____. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. **O problema da justiça**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LANGOWSKI, Luis Sergio. **Direito à intimidade e sigilo bancário**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - UFPR.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LAUHLI, Urs Martin. Swiss bank secrecy with comparative aspects to the American approach. **Saint Louis University Law Journal**. Saint Louis. v.42. n.3. p.865-82. 1998.
- LEAL, Aylton Dutra. **Sigilo Bancário e a Administração Tributária Federal**. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em 27/03/2003.
- LEITÃO, José Geraldo da Costa. Lei Complementar 105/2001. Estudo dos atos administrativos sigilosos que enseja. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.78. p.49-56. 2002.
- LEMKE, Gisele. **Imposto de renda: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica**. São Paulo: Dialética, 1998.
- LIMA, João Frazão de Medeiros. Sigilo Bancário não existe constitucionalmente. **IOB-Repertório de Jurisprudência: Tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.11. jun. 1997.
- LIMA, Rogério. Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. v.8. n.34. set./out. 2000.

- LINARES LUQUE, Alejandro M. Secreto Bancario y Tributario. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.23-38.
- LOMBARDINI, Carlo. Cooperação internacional na esfera penal e sigilo bancário suíço. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo. v.2. n.5. p.315-21. maio/ago. 1999.
- LUÍS, Alberto. **Direito Bancário: temas críticos e legislação conexa**. Coimbra: Almedina, 1985.
- LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Princípio da Publicidade e a Garantia do Sigilo. *In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Processo administrativo fiscal, 5º volume*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 121-128.
- MACHADO, Hugo de Brito. Princípios Constitucionais Tributários. *In: Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1993, (Cadernos de Pesquisas Tributárias, 18), p. 77-93.
- _____. A quebra do sigilo bancário. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.9. p.257-249. maio. 2001.
- MACHADO, Milton Terra. Sigilo bancário: a inconstitucional quebra do sigilo bancário. *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre. v.3. n.18. mar./abr. 2001.
- MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **Do Lançamento Tributário: execução e controle**. São Paulo: Dialética, 1999.
- _____. A inexistência de sigilo bancário frente ao poder-dever de investigação das autoridades fiscais. **Tributação em Revista**. Brasília. v.7. n.29. 1999. p.24-31.
- MALERBI, Diva. Sigilo Bancário e Tributário. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 79-89.
- MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES, Fernando de Oliveira. Sigilo Bancário e Tributário. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 301-308.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade. **IOB-Repertório de Jurisprudência: trib. e constitucional**. São Paulo. n.24. dez. 1992.
- _____. Sigilo bancário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.1. p.15-25. 1995.
- _____. Inconstitucionalidades da lei complementar 105/2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v.4. n.11. 2001. p.31-38.
- _____. Sigilo Bancário e Tributário. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 7-22.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MICHELOUD & Cie. **Les origines historiques du secret bancaire**. Disponível em <<http://www.rpn.ch/escf/matieres/SciencesHumaines/Economie/secBan.htm>> Acesso em: 22 fev. 2004.
- MITSUI, Jackson. O sigilo bancário frente à administração tributária. *In*: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coord.). **Processo Tributário Administrativo e Judicial**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 169-218.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Dialética, 1998.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação à quebra indevida do sigilo bancário. *In*: SALOMÃO, Heloísa Estellita (coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, 161-182.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e custos dos direitos**. Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em 18/05/2003.
- NEYRA, José Alberto. Secreto Bancario y Tributario. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p.255-266.
- NUNES, Manoel José Ferreira. Do sigilo bancário. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília. v.3. n.5. p.179-208. jan./jun. 1995.
- OECD. **About OECD**. Disponível em <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 01/07/2004.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Aspectos constitucionais do sigilo bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.34. n.99. jul./set. 1995.
- PACHECO, Ângela Maria da Motta. Capacidade Contributiva. *In*: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14), p. 287-319.
- PASIN, João Bosco Coelho. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 385-394.
- PASTORELLO, Dirceu Antonio. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 329-354.
- PELÁEZ MARQUÉS, Mercedes. Secreto Bancario y Tributario en España. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 243-254.

- PERELMAN, Chaïm. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PF estoura escritório de contabilidade que fraudava o IR. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 28 abr. 2004.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique. Los Bancos y el Sistema Tributario. *In: DÍAZ-MONASTERIO, Félix de Luis (coord.). Estudios de Derecho Fiscal – em homenagem a Jaime Basanta*. Madrid: Civitas S.A., 1994, p. 31-46.
- POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Ápio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- QUEIROZ, Cid Heráclito de. O sigilo bancário. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. v.91. n.329. p.41-54. jan./mar. 1995.
- QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.
- RAMOS, Maria Célia. O Sigilo Bancário em Portugal. *In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. Sigilo Bancário*. Lisboa: Cosmos, 1997, p.117-137.
- REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade do Dec. 4.489, de 28.11.2002 por macular o processo legislativo plasmado na lei suprema e infringir direitos fundamentais do cidadão. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. v.11. n.48. p.227-246. jan./fev. 2003.
- RECEITA recebe 647 mil declarações pela Internet. **A Notícia**, Joinville, 02 maio 2003.
- REIS, Antonio Carlos Nogueira. A Inviolabilidade do sigilo de dados e o dever de informar ao Fisco. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. n.45. jul./ago. 2002.
- RIPERT, Georges. **Aspects juridiques du capitalisme moderne**. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1951.
- RODRIGUES, Anselmo. Sigilo bancário e Direito Constitucional. *In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. Sigilo Bancário*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 49-60.
- RODRIGUES, Benjamim. O sigilo bancário e o sigilo fiscal. *In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. Sigilo Bancário*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 103-113.
- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Sigilo Bancário e Tributário. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 171-200.
- ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.
- RUIZ GARCIA, José Ramon. **Secreto Bancário y hacienda publica**. Madrid: Civitas, 1988.
- SANCHES, José Luís Saldanha. **A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português**. Disponível em <<http://www.idp.org.br>>. Acesso em 15/07/2003.
- SANTOS, Rodrigo Muniz. **Intimidade, vida privada e o sigilo bancário no processo penal brasileiro**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - UFPR.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Sigilo bancário - relatividade frente ao Fisco. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário e constitucional**. São Paulo. n.5. p.98-95. mar. 1995.

_____. O direito do contribuinte ao sigilo bancário. **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.9. maio. 2000.

_____. O sigilo bancário e o fisco (uma análise constitucional). **IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**. São Paulo. n.15. p.447-443. ago. 2001.

_____. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 447-484.

SCAFF, Fernando Facury. Sigilo fiscal e reserva de jurisdição. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.71. ago. 2001.

_____. Estado mínimo do contribuinte. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre. v.24. n.53. 2001.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. **Considerações sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física no Brasil**. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em 01/07/2004.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Princípios Constitucionais Tributários. *In*: **Princípios Constitucionais Tributários**. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 18).

_____. Sigilo Bancário e Tributário. *In*: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. **III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 153-158.

_____. O sigilo bancário e o direito a intimidade e privacidade das pessoas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. v.10. n.42. p.241-5. jan./fev. 2002.

SETOR financeiro perde primeiro lugar de multa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 18 out. 2003.

SILVA, Eivany A. Considerações a respeito do sigilo de dados. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.61. 2000. p.26-42.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: RT, 2000.

SOARES DE MELO, José Eduardo. Capacidade Contributiva. *In*: **Capacidade Contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14).

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito à liberdade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo. v.8. n.30. p.139-45. jan./fev. 2000.

- STEINCHEN, Alain. La justice fiscale entre la justice commutative et la justice distributive. *In: L'impôt. Archives de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002, p. 243-279.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a lei complementar do sigilo bancário: tensão entre princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo. n.66. p.67-75. mar. 2001.
- TAVARES, André Ramos. Sigilo Bancário e Tributário. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 309-328.
- TAVARES, Juarez. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v.1. n.1. p.105-11. jan./mar. 1993.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Capacidade Contributiva. *In: Capacidade Contributiva*. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, (Caderno de Pesquisas Tributárias, 14).
- TEISSIER, Anne. **Le secret professionnel du banquier**. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Serasa: Medidas cautelares intentadas pro devedores inadimplentes. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v2. n.5. p.269-282. mai./ago. 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- URQUIZU CAVALLÉ, Angel. Secreto Bancario y Tributario en España. *In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário - III Coloquio Internacional de Derecho Tributario*. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 267-279.
- VANNI, Adriano Salles; NOGUES MOYANO, Helios. Sigilo bancário (por quem e quando pode ser violado). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. v.5. n.19. p.47-54. jul./set. 1997.
- VAN PARIJS, Philippe. Philosophie de la fiscalité pour une économie mondialisée. *In: L'impôt. Archives de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2002, p. 329-348.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. Sobre el fundamento del secreto bancario. **Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Publica**. Madrid. v.38. n.194. mar./abr. 1988.
- VIDAL AURNAGUE Sebastián. **Secreto bancario y la transferencia de información**. Disponível em <http://www.justiniano.com/revista_doctrina/secretobancario.html>. Acesso em 17/04/2003.
- VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito (Igualdade e Segurança Jurídica). **Revista de Direito Tributário**. São Paulo. n.54. p.95-104, out./dez. 1990.
- _____. **Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilinárias Brasileiras**. São Paulo, 1999. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Pontífica Universidade Católica de São Paulo.

- _____. A Noção de Sistema no Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Porto Alegre: Síntese. v. 33, 2000.
- _____. LESSNAU, Fábio Alessandro Fressato; OLIVEIRA, Cléverton Bueno de; CAVALI, Marcelo Costenaro; ISFER, Renata Beckert; BARRETO, Rita Carolina. Perfil Constitucional do Regulamento e Alguns Reflexos Tributários. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. n.4. p.177-233. 2000.
- WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar n. 70. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre**. v.19. n.56. p.14-34. 1992.
- _____. Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.33. n.94. 1994. p.97-102.
- _____. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo. v.6. n.22. 1998. p.15-31.
- WATTEVILLE, Jacques de. Le secret bancaire menacé? *In: Séminaire organisé par International Faculty for Executives (IFE)*, 2001, Genève. Disponível em <http://www.dfae.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/bank.html>. Acesso em 25/08/2003.
- _____. **The protection of privacy vs. the prevention of financial crime**. *In: Private Banking Conference*, 2003, London. Disponível em <http://www.dfae.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/bank.html>. Acesso em 25/08/2003.
- WEBER, Max. **Ciência e Política – duas vocações**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001.